

# III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

# 11

Madrid/Espanha

2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

PROFA. DRA. ISABEL FERNANDEZ TORRES



**Direito Tributário**  
**Direito Administrativo**  
**Direito Ambiental**  
**Sustentabilidade**

# III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

# 11

Madrid/Espanha  
2015

## ORGANIZADORES

PROF. DR. RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

PROFA. DRA. ISABEL FERNANDEZ TORRES

**Direito Tributário**  
**Direito Administrativo**  
**Direito Ambiental**  
**Sustentabilidade**



Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### DIRETORIA – CONPEDI

**Presidente:** Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul:** Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior – UFRGS

**Vice-presidente Sudeste:** Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste:** Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu – UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro:** Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo:** Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto:** Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### CONSELHO FISCAL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA (suplente)

**Representante Discente:** Mestrando Caio Augusto Souza Lara – UFMG (titular)

#### SECRETARIAS

**Diretor de Informática:** Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação:** Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais:** Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional:** Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica:** Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos:** Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional:** Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Madrid, ES)  
III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid  
[Recurso eletrônico on-line];  
Organizadores: Raymundo Juliano Feitosa, Isabel Fernandez Torres. – Madrid :  
Ediciones Laborum, 2015.  
V. 11

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-84-92602-98-8

Depósito legal : MU 1210-2015

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito tributário. 3. Direito Administrativo. 4. Direito Ambiental. 5. Sustentabilidade I. Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid/Espanha.

CDU: 34

---

## APRESENTAÇÃO

---

Durante los días 7 a 9 de septiembre de 2015, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, en Madrid (España), sobre el tema “Participación, Democracia y Ciudadanía en la Perspectiva del Derecho Iberoamericano”.

La celebración del Encuentro de Madrid, se gestó durante el I Encuentro Internacional en la Universidad de Barcelona, coordinado por el Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UB.

Para la preparación del evento se nombraron dos coordinadores, por parte española, el Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM, y por parte brasileña, la Profa. Dra. Clerilei A. Bier, del Departamento Administração Empresarial - Esag/Udesc.

Una vez recibido el beneplácito de las autoridades académicas de la UCM se procedió a nombrar un Comité organizar compuesto por:

**Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera**

*Decano de la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.*

**Dra. Cristina Amunategui Rodríguez**

*Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.*

**Dra. Carmen Otero García Castrillón**

*Vicedecana de Posgrado y Títulos Propios. Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.*

**Dra. Rosario Cristóbal Roncero**

*Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

**Dra. Francisca Moreno Romero**

*Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

Como es normal en estos eventos internacionales, los trabajos preparatorios fueron muy intenso tanto en Brasil como en España, donde colaboraron tanto el equipo de CONPEDI, como el equipo de colaboradores de la Profa. Bier.

La respuesta de los profesores doctores brasileños fue excelente, presentado más de 400 trabajos para su evaluación. Igualmente la respuesta de los profesores de la

Facultad de Derecho fue bastante razonable (alrededor de 50) teniendo en cuenta que las fechas elegidas eran tiempo no lectivo y que muchos profesores disfrutaban de sus vacaciones veraniegas.

También la crisis económica que se instalaba en Brasil, dificultó que muchos ponentes se trasladaran a Madrid. No obstante la participación fue bastante numerosa, 300 profesores brasileños y españoles de todas las ramas del Derecho se reunían en Facultad de Derecho de la UCM para exponer y discutir sobre los temas de mayor actualidad y relevancia jurídica y social! TODO UN ÉXITO!!.

Llegaba el día señalado. El Acto solemne de inauguración se celebró el día 7 de septiembre a las 18,00, se realizó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y al mismo asistieron 300 profesores, el Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España, Dr. Javier San Martín, la representación de la Embajada de Brasil en España, la Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Gabinete del Rector de la UCM, Dra. Isabel Fernández Torres, así como todos los Presidentes de las distintas mesas de trabajo.

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

**Prof. Dr. Carlos Andradás Heranz**

*Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.*

**Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel**

*Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.*

*Catedrático de Direito del trabajo y de la seguridade social da Universidade Complutense de Madrid.*

**Dr. Rafael Catalá**

*Ministro da Justiça da Espanha.*

**Prof. Dra. Carmen Otero Garcia- Castrillón**

*Vice-Decana Relaciones Internacionales e Interinstitucionales de la Facultad de Derecho – UCM.*

**Prof. Dr. Raymunto Juliano Rego Feitosa**

*Professor Adjunto Direito Tributario.*

*Presidente do CONPEDI.*

**Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM  
Coordinador Espanhol do Encontro.*

Tras las interesantes intervenciones de todos los participantes, se procedió a impartir la lección magistral inaugural a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional de España, Dr. Francisco Pérez de los Cobos, que versó sobre “Los límites del control de constitucionalidad”.

Al finalizar, se procedió a entregar las placas de agradecimiento a los miembros del Comité organizador y al Coordinado español, Prof. Jose Luis Tortuero. Finalizando el acto con la llegada de la Tuna de la Facultad de Derecho para tocar y cantar el himno universitario por excelencia el “gaudeamus igitur”

Terminado el acto inaugural todos los participantes asistieron a un excelente cocktail en los jardines de la Facultad de Derecho, propiciándose un tiempo ideal para compartir y saludarse.

El martes, día 8, se celebraron los talleres de exposición y debate de las ponencias. Fueron siete talleres que durante todo el día (des las 9 h. hasta las 19 o 20 h.) profesores brasileños y españoles reflexionaron sobre los temas investigación de mayor actualidad en todas las Áreas jurídicas. Cada Taller inicio su andadura con la conferencia de un profesor español especializado en cada tema y de renombrado prestigio. La valoración final fue el alto nivel de los trabajos presentados y de los debates... TODO UN ÉXITO.

El encuentro finalizo el día 9 en el Congreso de los Diputados, donde al finalizar la interesante visita institucional y las fotos de recuerdo, nos reunimos en la Sala de Columnas para proceder a la Clausura del Encuentro. Las palabras de clausura correspondieron al Presidente de CONPEDI, Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, y al coordinador español, Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza. La excelente conferencia de clausura corrió a cargo del Dr. Julio V. González García, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, sobre el tema “Globalización, Democracia y Parlamento”.

El III Encuentro Internacional CONPEDI fue todo un éxito y recibió el apoyo y reconocimiento de todas las instituciones vinculadas al mundo jurídico, desde la academia, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Parlamento español. También participo la Embajada de Brasil en España. En definitiva nuestro Congreso y nuestro trabajo investigador tuvieron en España una extraordinaria relevancia.

**Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza**

*Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UCM.*

**Profa . Dra. Clerilei A. Bier**

*Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.*

**Prof. Dr. Orides Mezzaroba**

*Secretário Executivo do CONPEDI.*

# SUMÁRIO

---

A Ética Ambiental como um Caminho para Enfrentar o Desafio da Participação e da Cidadania no Contexto da Racionalidade Jurídica <i>Alana Ramos Araujo e Belinda Pereira da Cunha</i> .....	8
A Legislação Aparente na Construção de uma Constitucionalização Simbólica e seus Efeitos na Proteção ao Meio Ambiente <i>Arnaldo Silva Júnior e Edimur Ferreira de Faria</i> .....	26
A Participação Comunitária na Análise da Avaliação de Impacto Ambiental como Mecanismo Democrático de Garantia dos Direitos Socioambientais <i>José Cláudio Junqueira Ribeiro e Romeu Thomé</i> .....	42
A Questão da Efetividade do Processo Penal Ambiental: Delineando um Elemento Otimizador <i>Jônica Marques Coura Aragão</i> .....	62
A Responsabilidade Socioambiental da Indústria do Petróleo como Forma de Efetividade da Função Social da Propriedade e do Desenvolvimento Sustentável <i>Fabianne Manhães Maciel</i> .....	86
A Teoria dos Bens Comuns e a Teoria da Emancipação como Instrumento de Construção de um Estado Democrático Socioambiental e a Responsabilidade Jurídica na Espanha e Brasil <i>Elcio Nacur Rezende e Franclim Jorge Sobral de Brito</i> .....	103
Alternativas Latino-Americanas para Crise Ambiental Gestadas além do Capitalismo <i>Jeaneth Nunes Stefaniak</i> .....	118
Construções Normativas na Cidade <i>Standard</i> : Vulnerabilidades e Sustentabilidade <i>Rosângela Lunardelli Cavallazzi e Denise Barcellos Pinheiro Machado</i> .....	137

Democracia Ambiental como Direito de Acesso e de Promoção ao Direito ao Meio Ambiente Sadio <i>José Adércio Leite Sampaio</i> .....	149
Democracia, Participação e Cidadania: Uma Relação Trídica Fundamental à Tutela Jurídica do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado no Direito Iberoamericano <i>Greice Patrícia Fuller e José Luis Bátiz López</i> .....	177
Desenvolvimento Sustentável e Crise Ambiental: Exercício da Cidadania Participativa Diante da Questão Agrária na Perspectiva do Direito <i>Iranice Gonçalves Muniz e Fernando Joaquim Ferreira Maia</i> .....	204
Desenvolvimento Sustentável Humano: Uma Abordagem sobre a Relevância dos Direitos Humanos para a Preservação das Futuras Gerações <i>Adriana de Abreu Mascarenhas e Lorena de Melo Freitas</i> .....	217
Direito Ambiental no Contexto da Sociedade de Risco: Uma Análise sobre as Áreas Contaminadas <i>José Fernando Vidal de Souza</i> .....	241
Direitos Fundamentais e Acesso à Água Potável <i>Deilton Ribeiro Brasil</i> .....	271
Impactos da Sustentabilidade e da Noção de Valor Compartilhado no Governo da Empresa <i>Vinicius Figueiredo Chaves e Leonardo da Silva Sant'anna</i> .....	296
La Teoría Brasileña del <i>Habeas Corpus</i> para los Grandes Primates <i>Heron José de Santana Gordilho</i> .....	320
Licitações Públicas Sustentáveis <i>Gil César Costa de Paula</i> .....	344
Meio Ambiente, Trabalho e sua Interface na Proteção do Trabalhador Frente à Exposição de Riscos Decorrentes da Manipulação de Nanomateriais <i>Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira e Lucira Freire Monteiro</i> .....	364

# A ÉTICA AMBIENTAL COMO UM CAMINHO PARA ENFRENTAR O DESAFIO DA PARTICIPAÇÃO E DA CIDADANIA NO CONTEXTO DA RACIONALIDADE JURÍDICA

---

ALANA RAMOS ARAUJO

Doutoranda em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ/CCJ/UFPB. Professora assistente do Departamento de Ciências Jurídicas vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (DCJ/CCJ/UFPB). Mestre em Recursos Naturais pelo PPGRN/CTRN/UFCG. Contato: ara.alanapb@gmail.com

BELINDA PEREIRA DA CUNHA

Professora associada da Universidade Federal da Paraíba. Professora dos Programas de Pós-graduação stricto sensu em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba; do Programa de Desenvolvimento e Meio Ambiente Regional – PRODEMA. Mestre e Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com pesquisa na Universidade La Sapienza de Roma. Pós-doutorado pela Universidade Autônoma do México – UNAM, ambos aprovados pela CAPES. Contato: belindacunha@hotmail.com

## Resumo

A sociedade moderno-industrial construiu um novo modelo de produzir, de negociar e de estabelecer as relações sociais num contexto de transformações econômico-sociais em que o Direito exerceu – e exerce ainda – um papel central de legitimar e erigir em lei aspirações, interesses, desejos e vontades diferentes, na maioria das vezes conflitantes. Este cenário constitui palco para a reflexão da cidadania e da participação no espaço democrático ante a racionalidade jurídica que não oferece soluções à questão da não-cidadania e da não-participação. Assim, situado no âmbito das ciências jurídicas e sociais, o trabalho parte da teoria geral do direito, perpassando pelo direito ambiental, pela economia, filosofia, sociologia e ética para ir em busca de resposta (s) ao seguinte problema: qual o papel da ética ambiental ante os direitos de cidadania e de participação no enfrentamento à racionalidade jurídica moderna? Para tanto, o objetivo geral é analisar criticamente a racionalidade jurídica moderna à luz da literatura pertinente ante o papel exercido pela ética ambiental no tocante às formas de participação e cidadania do povo. Metodologicamente, o trabalho segue abalizado numa abordagem teórica, através do método hermenêutico jurídico-sistêmico. A discussão levantada revela-se atual e pertinente ao contexto

democrático em que as bases da cidadania e da participação são questionadas num cenário em que direitos humanos fundamentais são cada vez mais positivados, entretanto não acompanham sua efetividade na mesma escala de sua positivação.

## Palavras-chave

Forma jurídica; Ética ambiental; Cidadania e participação.

## Résumé

La société industrielle moderne construit un nouveau modèle de produire, d'échanger et d'établir des relations sociales dans un contexte de changement économique et social dans la qual la loi servit - et joue encore - un rôle central à légitimer et à ériger dans la loi les aspirations, les intérêts, désirs et des volontés différents, la plupart du temps contradictoires. Ce scénario est l'hôte de la réflexion de la citoyenneté et de la participation dans l'espace démocratique an avant à la rationalité juridique qui ne propose pas de solutions à la question des non-citoyens et les non-participation. Ainsi situé dans les sciences juridiques et sociales, le travail se commence a partir de la théorie générale du droit, en passant par le droit de l'environnement, l'économie, la philosophie, la sociologie et de l'éthique pour aller à la recherche de la réponse (s) à la problématique suivante: quel est le rôle de éthique de l'environnement au niveau des droits de la citoyenneté et de la participation à affronter la rationalité juridique moderne? L'objectif global est d'analyser de manière critique de la rationalité juridique moderne à la lumière de la documentation pertinente sur le rôle joué par l'éthique environnementale sur les formes de participation et la citoyenneté des personnes. Méthodologiquement, l'ouvrage suit une approche théorique, à travers la méthode herméneutique juridique et systémique. La discussion soulevée se révèle être à jour et pertinente au contexte démocratique dans lequel les fondements de la citoyenneté et la participation sont interrogés dans un scénario où les droits fondamentaux de l'homme sont de plus en plus positivisée, mais pas accompagner leur efficacité sur la même échelle de son affirmation.

## Mots-clés

Forme juridique; Éthique de l'environnement; Citoyenneté et participation.

## 1. Introdução

A modernidade fundou o seu pensamento naquilo que chamou de razão, de ciência, de técnica, de conhecimento. Construiu um modelo de civilidade calcado em um momento histórico de grande efervescência, tal seja: a revolução industrial que alterou profundamente os modos de vida da sociedade. A sociedade industrial construiu um novo

modelo de produzir, de negociar e de estabelecer as relações sociais. Neste contexto de transformações econômico-sociais, o Direito exerceu – e exerce ainda – um papel central de legitimar e erigir em lei as aspirações, os interesses, desejos e vontades de indivíduos ou coletividades que gozavam de prestígio econômico, político e social. Tanto é que as revoluções burguesas norte-americana e francesa construíram documentos jurídicos a fim de reconhecer direitos universais que até hoje a todos não se aproveitam.

Foram elaboradas Cartas e Declarações de Direitos que constituem, até a atualidade, em discursos jurídicos retóricos que visam convencer e alienar, mais do que concretizar, pois, sendo a Constituição e as declarações um acoplamento estrutural entre Direito e Política, o uso da forma jurídica para legitimar interesses econômicos e políticos às expensas dos povos é uma forma nefasta de corrupção sistêmica que contribui para a dificultar e, por vezes, impedir os direitos de cidadania e a participação no espaço democrático.

Neste sentido, indaga-se: qual o papel da ética ambiental ante os direitos de cidadania e de participação no enfrentamento à racionalidade jurídica moderna?

Para buscar respostas a este problema, o objetivo geral do trabalho é analisar criticamente a racionalidade jurídica moderna à luz da literatura pertinente ante o papel exercido pela ética ambiental no tocante às formas de participação e cidadania do povo. Os objetivos específicos são: investigar a racionalidade jurídica moderna a partir dos seus construtos centrais; utilizar um caso normativo específico para demonstrar a argumentação da análise crítica descrita; conhecer o papel do saber e da ética ambiental diante da forma jurídica, da cidadania e da participação.

A partir de tais objetivos, metodologicamente, o trabalho segue abalizado numa abordagem teórica, através do método hermenêutico jurídico-sistêmico, no sentido de que se debruça sobre a análise da normatividade jurídica por meio da consideração de fatores, elementos e conhecimentos não jurídicos que interferem e se inter-relacionam num sistema complexo formado por diferentes saberes e interesses do tecido social.

Ato contínuo, o trabalho mostra-se numa discussão atual e pertinente ao contexto democrático em que as bases da cidadania e da participação são questionadas num cenário em que direitos humanos fundamentais são cada vez mais positivados, entretanto não acompanham sua efetividade na mesma escala de sua positivação, requerendo do cientista, do jurista, um olhar crítico a respeito da forma jurídica e de suas plataformas básicas de controle social.

## **2. A Racionalidade Jurídica**

Esta seção dedica-se a ponderar sobre a racionalidade jurídica a partir de definições do direito como técnica de controle social com o intuito de promover reflexão a respeito

das dificuldades de participação e cidadania no contexto da razão jurídica puramente normativa e socialmente isolada para em seguida discutir o papel na ética como um caminho para reestruturação deste desafio.

O Direito consiste numa ordem e num sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade, que é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem (KELSEN, 1988). Esta ordem coativa, aduz:

Uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral [...] Tal pretensão não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o conceito de Direito não caiba no conceito de bom [...] Se definimos Direito como norma, isto implica que o que é conforme-ao-Direito (*das Rechtmässige*) é um bem [...] Isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral (KELSEN, 1998, p. 47).

Portanto, desta leitura, resta claro que o Direito, na teoria normativista kelseniana, compreende-se como norma posta e que a discussão do Direito deve dar-se no âmbito da validade, que é um aspecto formal, no sentido de que será Direito aquilo que for emanação do ato de vontade geral e condicional do legislador ou do ato de vontade particular e incondicional do intérprete do Direito.

Não obstante as variadas e, diga-se, apressadas críticas feitas a esta visão kelseniana do Direito, notadamente a dos jusnaturalistas e a dos sociólogos, às quais foram combatidas pelo Kelsen mesmo, Bobbio (2008, p. 53), numa atitude de examinar as críticas mais ferrenhas à Teoria Pura do Direito e de apontar as fragilidades de cada uma delas, conclui que esta resiste a tais críticas e advoga uma perspectiva também normativista do Direito.

Bobbio (1909-2004) define o Direito não como norma, mas como “um tipo de sistema normativo” (BOBBIO, 2011, p. 45), levando-se em conta que a norma jurídica só existe porque há um ordenamento jurídico ao qual ela corresponde e nele encontra a sua validade e a sua eficácia. Neste ponto, logo se percebe a sutil diferença entre o positivismo jurídico em Kelsen e em Bobbio: naquele o Direito é norma, neste o Direito é um sistema de normas; contudo, ambos definem o Direito a partir da norma, seja ela individuada seja ela tida em conjunto, daí serem autores da teoria normativista do Direito, à qual se reconhece a inegável e inafastável contribuição, ao tempo que se reconhece também a insuficiência da definição de Direito como norma ou como sistema de normas para dar respostas ao que o Direito se destina a servir: ordenação da sociedade.

Ainda no viés do positivismo jurídico normativista, pode-se mencionar Herbert Hart para quem o Direito é uma “instituição social e política complexa, com uma

vertente regida por regras (e, nesse sentido, <<normativa>>)” (HART, 2005, p. 301), cujas regras jurídicas possuem “conformidade com princípios morais ou com valores substantivos” (HART, 2005, p. 312), denotando um inclusivismo no Direito de valores e princípios morais que estão postitivados, caracterizando-se, como ele mesmo se autodenomina, um positivista moderado.

A este viés normativista acrescenta-se uma outra visão do Direito, uma visão realista, aqui representada por Benjamin Cardozo segundo o qual o Direito nasce das relações de fato que existem entre as coisas; a fonte dele está na utilidade social, na necessidade de que certas coisas resultem de determinadas hipóteses e a probabilidade mais forte de se encontrar o sentido deste objeto da ciência jurídica está nas exigências da vida social, cujo papel cabe primordialmente aos juízes, seja através da atribuição de sentido às normas, nas brechas e lacunas das fontes jurídicas, seja na criação de direito dirigido à utilidade social por meio do processo judicial (CARDOZO, 2004).

Este é o ponto em que começa a surgir uma perspectiva do Direito como uma racionalidade técnica de dominação, uma vez que se ele deriva das exigências da vida social e se a vontade do legislador e do juiz devem ser dirigidas pelas necessidades da sociedade, tem-se que levar em consideração que as exigências sociais podem dirigir o processo de criação do Direito de forma manipulada, de forma induzida, conforme os interesses predominantes, tendo em vista que:

Lógica, costume, história, utilidade e os padrões aceitos de conduta correta são as forças que, isoladamente ou combinadas, configuram o progresso do Direito. Qual destas forças vai dominar em cada caso vai depender, em grande parte, da importância ou do valor comparativo dos interesses sociais que assim serão promovidos ou prejudicados. Um dos interesses sociais mais fundamentais é que a lei deve ser uniforme e imparcial. Não deve haver nada em sua ação que cheire a preconceito, favor ou mesmo capricho ou extravagância arbitrários. A uniformidade deixa de ser um bem quando se torna uma uniformidade de opressão (CARDOZO, 2004, p. 82).

Nesta perspectiva, observa-se que o Direito começa a aparecer como instrumento de dominação na sociedade, no sentido de que se o Direito é utilizado para favorecer um grupo por razões de lógica, de costume, histórica, de utilidade e de padrões de conduta, ocasiona uma ruptura com a uniformidade e imparcialidade esperadas e requeridas da norma e da decisão e esta ruptura pode dar-se no espectro da opressão e da dominação seja em Estado Democrático ou Estado Ditatorial.

Nesta vertente, há que se colacionar a tese de Ferraz Júnior de acordo com quem o Direito, além de proteger a sociedade do poder arbitrário e de preservá-la da tirania ditatorial, “é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos

privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 32).

O autor antecitado toma como base para a sua teorização de direito como dominação o sentido de dominação cunhado por Max Weber em sua obra célebre *Economia e Sociedade* de 1921 na qual são descritos os três tipos de dominação.

Em Weber (1994, p. 33) “*dominação* é a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis” [grifo do autor], ou seja, obediência a ordens específicas dentro de determinado grupo de pessoas. Esta dominação tem que ter pretensão de legitimidade que seja “válida em grau relevante, consolide sua existência e determine, entre outros fatores, a natureza dos meios de dominação escolhidos” (WEBER, 1994, p. 140).

Os três tipos de dominação legítima nesta classificação weberiana são: dominação legal de caráter racional, que se baseia na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que são nomeados para exercer essa dominação; dominação tradicional, que tem como base a crença nas tradições vigentes no decorrer da história e na legitimidade daqueles que representam a autoridade; dominação carismática, que fundamenta-se na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (WEBER, 1994, p. 141).

A tese de Ferraz Júnior (2003) de que o Direito é um instrumento manipulável por meio de técnicas e de dominação assenta-se na concepção da dominação legal, conforme a qual: o direito pode ser estatuído por meio racional com o intuito de ser respeitado pelos dominados; o direito é um conjunto de regras abstratas normalmente estatuídas com determinadas intenções; quem obedece está obedecendo ao direito e não à pessoa do senhor que tem o poder de mando (WEBER, 1994, p. 142).

À via do que foi dito, no tocante à constituição de regras que revelam – ou ocultam – determinadas intenções, o direito como instrumento de dominação fundamenta-se no interesse de manutenção do *status quo* dos “segmentos hegemônicos da sociedade: ricos, brancos, homens, heterossexuais e outros. Em benefício da ordem social, são mantidas as desigualdades materiais que legitimam o exercício do poder opressor de alguns membros da sociedade sobre outros” (VIANNA, 2008, p. 120).

Ainda considere-se que, neste sentido, o Direito reflete as relações econômicas por intermédio das normas abstratas e também do processo criativo judicial que, por vezes, regulamentam estas relações consolidando o processo de dominação operacionalizado pelo projeto jurídico burguês.

Partindo deste pressuposto de Direito como instrumento de racionalidade técnica de dominação social, política e econômica, institucionalizado por meio da autoridade e

do poder do Estado através das instâncias jurídicas: norma e decisão judicial, discute-se a questão da participação e cidadania como desafios para a ética ambiental na racionalidade jurídica. Para adentrar neste debate, válido é compreender a forma jurídica que trata da questão ambiental e que implica a ética, a participação e cidadania.

O Direito Ambiental, como objeto de conhecimento do Direito define-se como “o complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações” (MILARÉ, 2009, p. 815).

Ainda pode-se defini-lo como “conjunto de regras jurídicas de direito público que norteiam as atividades humanas, ora impondo limites, ora induzindo comportamentos por meio de instrumentos econômicos, com o objetivo de garantir que essas atividades não causem danos ao meio ambiente, impondo-se a responsabilização e as consequentes sanções aos transgressores dessas normas” (GRANZIERA, 2011, p. 6).

Acostando-se a esta noção de Direito Ambiental como indutor de comportamentos por meio de instrumentos econômicos, neste trabalho, admite-se como Direito Ambiental:

Um direito que tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça levando em consideração a sustentabilidade dos recursos, o desenvolvimento econômico e social, assegurando aos interessados a participação nas diretrizes a serem adotadas, bem como padrões adequados de saúde e renda (ANTUNES, 2005, p. 9).

Analisando os elementos comuns destas definições, pode-se extrair delas expressões como: normas-regras-direito; regulação de atividade humana; instrumentos econômicos; sustentabilidade. Ao que estas expressões indicam, parece o direito ambiental ter como finalidade a ordenação social no que tange a atividades de impacto econômico por meio da ordem jurídica com vistas à sustentabilidade.

Levando-se em consideração que esta seja uma visão um tanto quanto otimista, talvez até idealista, aproveita-se a frase significativa da terceira definição quando aduz que o direito ambiental *tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens ambientais* [grifos nossos]. Esta é a base, o ponto de partida para se analisar criticamente o direito ambiental.

De fato, reconhece-se como inegável que o direito ambiental tem como finalidade regular a apropriação econômica de bens ambientais, porém, não se considera aqui que isto se dê de forma orientada para a sustentabilidade, para o desenvolvimento social ou para serem adotados padrões adequados de saúde e renda. Considera-se, outrossim, que o direito ambiental regula a apropriação econômica de bens ambientais em decorrência do poder e da dominação legal que exerce a elite econômica que o utiliza como instrumento

de manipulação para operacionalizar o crescimento econômico, o lucro e o acúmulo de riqueza através da exploração dos bens ambientais que se tornam recursos por meio do trabalho, da produção, da mercantilização e da circulação de mercadoria.

A isto, cognomina-se de direito do ambiente negociado, que significa que os meios econômicos e os poderes públicos, em regime de contratos, esperando cada um tirar o maior benefício possível, apelam a modos alternativos de regulação do ambiente, cujo cruzamento propicia um direito ambiental negociado de formas múltiplas em que “tratar-se-á de negociar o próprio conteúdo da regra, muito antes da sua publicação formal em édito [...] É a um feixe de necessidades diferentes e, por vezes opostas, que ele responde” (OST, 1995, p. 133).

Isto se vivifica ao se analisar a valoração econômica do objeto tutelado juridicamente pelo direito ambiental: o meio ambiente ou os bens ambientais. Neste esteio, em primeiro lugar, diga-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 170, determina que a defesa do meio ambiente é um dos princípios da atividade econômica. Interessante notar que os princípios da Ordem Econômica constitucional brasileira assentam-se na valorização social do trabalho humano, valorização social da livre iniciativa e valorização social da livre concorrência, mas não se perfaz na valorização social do meio ambiente, ao contrário, pauta-se na defesa do meio ambiente como um mosaico de elementos com finalidade de exploração econômica, conforme se verá a seguir.

Além desta previsão constitucional, no que tange à legislação infra, tem-se que a Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, em dispositivos diversos, consagrou o “perfil econômico” (D’ISEP, 2009, p. 147) desta política ambiental e, conseqüentemente, da proteção jurídica do meio ambiente com tal perfil.

Como exemplo, mencione-se que o artigo 3º desta lei define “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora” como recursos ambientais, denotando que interpreta os “elementos setoriais do meio ambiente” (SILVA, 1992, p. 54) como recursos, como objetos de exploração econômica. Os bens ambientais considerados *de per se* não possuem destinação econômica; no entanto, quando são alçados à categoria de recursos é que ostentam esta finalidade (GRANZIERA, 2001; POMPEU, 2006). É destes – recursos ambientais – que se ocupa a tutela jurídica ambiental brasileira, já revelando a valoração econômica do meio ambiente e a utilização do direito ambiental como um instrumento de dominação da elite econômica.

Conformando-se a previsão normativa acima com a literatura pertinente, admite-se que a legislação protetora do macrobem ambiental “toma como objeto de proteção, não tanto o ambiente globalmente considerado, mas *dimensões setoriais*”, tais como

solo, patrimônio florestal, fauna, ar atmosférico, água, sossego auditivo, paisagem visual (SILVA, 1992, p. 54).

Torna-se, assim, oportuno consignar que o direito ambiental setoriza-se por meio das políticas a ele relacionadas: política da biodiversidade, dos recursos hídricos, da poluição sonora, visual e atmosférica, de resíduos sólidos, de agrotóxicos, de atividades nucleares, do patrimônio genético (FIORILLO, 2012), além de política da educação ambiental, urbana, de saneamento básico, do desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais.

Dentro deste mosaico de políticas setoriais da macropolítica ambiental, uma que se pode colacionar neste trabalho, vez que se relaciona intimamente com a do meio ambiente, é a Política Nacional de Recursos Hídricos, instituída pela Lei nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997. Esta, numa visão global, ancora-se na seguinte estrutura: Título I que estabelece os fundamentos, os objetivos, as diretrizes gerais de ação e os instrumentos da gestão hídrica; Título II, que contempla os objetivos e a composição do sistema de gerenciamento, bem como dos órgãos incumbidos de executar a política hídrica; ao final, nos Títulos III e IV a lei em comento prevê infrações e penalidades e disposições gerais e transitórias, respectivamente.

Esta lei cuida de estabelecer a política pública da gestão dos recursos hídricos no Brasil, da qual destaca-se, para os fins a que se destina o trabalho, o fundamento segundo o qual “a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico” (ART. 1º, II). Esta valoração da água tem merecido ampla atenção científica desde a sua implementação. Produções acadêmicas de vários campos do conhecimento tem se debruçado sobre o tema, exemplificativamente a Economia, a Sociologia, a Engenharia Civil, a Administração, o Direito. Nestas tem se percebido uma tendência a aceitação e conformação com a valoração econômica da água e, inclusive, tem-se defendido que esta valoração constitui um mecanismo econômico de forte influência na democratização do direito de acesso à água (D’ISEP, 2010).

Obstante a esta visão, interpreta-se aqui que a valoração econômica da água estabelecida na política pública de gestão hídrica mostra-se como um fator central no processo de dominação da elite econômica brasileira por meio da apropriação econômica dos recursos naturais, neste caso, da água.

A política hídrica foi implementada no Brasil na década de 90, num cenário político, econômico, social e ambiental de grande complexidade, revelando profundas desigualdades sociais e estagnação econômica (SACHS, 2003), depleção do meio ambiente natural, internalização da tendência mundial à mercantilização dos espaços da vida social, em especial através do discurso ambientalista, e dos recursos naturais, destacando-se, neste ínterim, a água (QUERMES, 2006).

Neste sentido, o modelo de tutela jurídica da água, implementado numa década de influência ultraliberal (CAUBET, 2006), revela-se marcado pelos “mecanismos de mercado” (SILVA, 2010, p. 145), com “elementos claros de regulação econômica voltados para a formação de um mercado de águas” (NETO, 2009, p. 57) dentre os quais o valor econômico da água, a cobrança pelo uso dos recursos hídricos e a outorga pelos direitos de uso dos recursos hídricos. Para compreensão desta perspectiva, basta considerar o significado da palavra valor quando utilizado no contexto econômico.

Um bem, um item qualquer, uma mercadoria, no que atine ao seu valor possui valor de uso e valor de troca (ARISTÓTELES, 1985). Trabalhando este duplo aspecto Marx (1996, p. 57-58) afirmou que:

O valor de uso só tem valor para uso, e se efetiva apenas no processo de consumo [...] O mesmo valor de uso pode ser utilizado de modos diversos [...] Ainda que seja objeto de necessidades sociais, e estar, por isso, em contexto social, o valor de uso, contudo, não expressa nenhuma relação social de produção [...] Os valores de uso são imediatamente meios de subsistência.

Com base nesta elucidação sobre o primeiro aspecto de um bem, de um item ou de uma mercadoria e trazendo para a realidade dos bens ambientais, particularmente da água, observa-se que ela possui uma gama variada, talvez até infinita, de usos, de significados, de utilidade: dessedentação, hidratação, higienização, relaxamento; fins medicinais, recreação, embelezamento, simbolismo religioso, manifestação cultural. Veja-se que a água pode ter valor de uso nas celebrações religiosas como batismo na profissão de fé cristã; pode ter valor de uso recreativo como nos banhos de rios, açudes, mar, piscinas; pode ter valor de uso medicinal no intuito de evitar uma desidratação; pode ter valor de uso de sobrevivência no caso da dessedentação; pode ter valor de uso cultural como no caso das comunidades indígenas para quem a água tem sentido divinizado; e por aí vão aspectos qualitativos e quantitativos do valor de uso da água.

Além deste, um bem ou mercadoria também possui valor de troca, ainda conforme Marx (1996, p. 57) que preleciona:

O valor de uso é diretamente a base material onde se apresenta uma relação econômica determinada – o *valor de troca*. O valor de troca aparece primeiramente como *relação quantitativa*, em que valores de uso são trocáveis entre si. Totalmente indiferente, portanto, ao seu modo natural de existência, e sem consideração à natureza específica da necessidade para a qual são valores de uso, as mercadorias cobrem-se umas às outras em quantidades determinadas, substituem-se entre si na troca.

Nesta perspectiva apontada por Marx, o bem ambiental, *in casu*, a água, ao possuir valor de troca transforma-se em recurso hídrico e passa a ter valor econômico, no sentido

de que passa a ser um objeto negociável através da troca com outro valor de troca, no caso, a moeda, na quantidade correspondente de acordo com as regras de política econômica.

Ostentando valor de troca, a água torna-se uma mercadoria como outra qualquer, apropriável pelo sujeito que detiver a correlata quantidade de moeda que possibilita e viabiliza o mercado e a circulação da mercadoria e da riqueza que em torno dela se acumula. Em virtude disso, o valor da água implicado na norma protetiva não inclui o custo da saúde, o custo da recreação, os impactos sobre terceiros e os valores ecológicos (CECH, 2013).

Este é o aspecto exaltado pela política pública da água, em melhores termos, pela política de gestão dos recursos hídricos, ao imbricar à água o valor econômico, assumindo a posição “economicoideológica” (NETO, 2009, p. 57) do Estado brasileiro de valoração econômica do microbem ambiental água através da força impositiva da norma na qual fica tutelável juridicamente o valor de troca da água.

É neste ponto que se coloca a questão crítica: quem ou quais sujeitos podem operacionalizar o valor econômico do bem ambiental, da água, por exemplo? Não resta dúvidas de que quem pode suportar o aspecto do valor de troca da água, como de qualquer outro bem ambiental, é a elite econômica e que a previsão normativa deste valor confere poder e dominação a este segmento social, dado o caráter impositivo do direito.

Assim, como se vê, o projeto jurídico burguês ocultado nas tacanhas normas econômicas do direito ambiental configura-se na valoração econômica do meio ambiente, como de todos os seus elementos setoriais, através de um sistema de abstrações que se qualifica como forma de dominação, tendo em vista que tais abstrações possuem coesão no direito positivo, o qual, para De Giorgi “*es un sistema construído por uma estrutura en la que, a través de procesos regulados, se aíslan determinadas formas del actuar y se fijan como válidas*”<sup>1</sup> (1998, p. 18). Ante esta noção do direito positivo:

Confirma-se o facto de que o direito do ambiente é um instrumento nas mãos dos decisores, mais do que um utensílio de salvaguarda da natureza [...] Finalmente, longe de impor um estatuto de conjunto das espécies e dos espaços naturais, que seria o garante da sua salvaguarda quantitativa e qualitativa, o direito do ambiente parece esforçar-se por retalhar os espaços em inúmeras zonas distintas e segmentar os recursos em múltiplos regimes particulares, às quais é oferecido um quadro jurídico complacente, que não censura em definitivo senão os abusos manifestos (OST, 1995, p. 129).

1 Tradução livre: “É um sistema constituído por uma estrutura na qual, através de processos regulados, são isoladas e fixadas como válidas determinadas formas de ação”.

O Direito Ambiental, portanto, é um processo de decisão, de seleção e de escolhas, ligadas ao possível e ao tempo, definida por um processo formal que lhe confere validade e consequentemente existência e que coaduna um jogo de interesses econômicos no qual, em matéria de valor de troca, vence quem detém os meios para instrumentalizar este aspecto do valor da mercadoria.

Nesta racionalidade, portanto, é válido perpassar pelas ponderações da conjuntura, dos elementos e das partes que interferem neste sistema jurídico, apesar de o mesmo incitar um isolamento e fechamento em relação a outros saberes científico e não científicos. Observe-se abaixo.

### 3. Saber Ambiental: Participação e Cidadania

Partindo, como marco teórico, do estudo de Enrique Leff (2000) a respeito da complexidade, interdisciplinaridade e saber ambiental; e traçando os antecedentes da questão ambiental e sua complexidade e da interdisciplinaridade, encontra-se que estas, no final do século XX, refletem uma crise de civilização e uma crise ambiental baseadas no fracionamento do conhecimento e na degradação ambiental, desencadeadas a partir de numa nova forma de fazer ciência fundamentada na racionalidade tecnológica.

Todavia, Leff aponta diversas contribuições dadas pela América Latina e pelo mundo no sentido de uma remodelagem do conhecimento e da educação em busca da construção de uma educação ambiental com uma visão holística capaz de restabelecer a relação homem-natureza, através da utilização da interdisciplinaridade como caminho para a incorporação da dimensão ambiental no sistema educativo.

Desse modo, tornou-se possível uma mudança de paradigma segundo a qual abandonou-se a visão do meio ambiente como uma dimensão estritamente natural em favor de uma nova perspectiva em que o meio ambiente é o resultado de interações entre natureza, economia, sociedade e cultura.

Nesse sentido, o autor defende que a interdisciplinaridade, como articulação das ciências naturais e sociais, gera o congrassamento do conhecimento científico com o saber e práticas não científicas, através da relação entre estas e as disciplinaridades. Diante disso, o autor suscita a crise ambiental como sendo resultado da crise do conhecimento e propõe estratégias epistemológicas para sanar esta problemática.

Para explicitar esta crise do conhecimento, o autor utiliza-se de um raciocínio paradoxal, partindo de referências diametralmente opostas, tais como: “a ciência e a tecnologia se convertem na maior força produtiva e destrutiva da humanidade” ou como “essa civilização do conhecimento é, ao mesmo tempo, *a sociedade do desconhecimento*”. Esse paradoxo informa que a mesma civilização que busca cada vez mais intensamente a modernização

tecnológica e o desenvolvimento econômico, através da Revolução Científica, o faz degradando brutalmente o meio ambiente, além de incentivar pesquisas disciplinares desconsiderando a visão holística e os variados saberes envolvidos na questão ambiental.

Portanto, segue o autor, a desvalorização do conhecimento ocorre em razão do pouco investimento financeiro na educação, na ciência e na tecnologia em grande parte da América Latina e em função da falta de pesquisas interdisciplinares para o desenvolvimento sustentável e marginalização dos saberes tradicionais de uso sustentável dos recursos naturais.

Assim, o autor propõe uma estratégia epistemológica que enfrente ideologias teóricas que desconsideram o processo histórico da construção do conhecimento e dos saberes, para que sejam levados em conta os aspectos históricos, sociológicos, econômicos, culturais e naturais do processo de construção dos saberes científico e não-científico, de molde que seja erigido um saber ambiental abalizado em condições interdisciplinares que gere articulações entre ciência e a forma de adquirir o saber tradicional, popular e local, tendo-se em vista a sociedade como um elemento integrante de um ecossistema global.

Tais condições interdisciplinares exprimem importante característica da interdisciplinaridade, qual seja, provocar a relação e as interações entre as disciplinas e entre estas e os saberes não-científicos, possibilitando uma unidade do conhecimento.

Contudo, Leff menciona a possibilidade de uma perspectiva do conhecimento ainda mais retotalizadora do que a interdisciplinaridade: a transdisciplinaridade, que o autor defende como um canal de solução para problemas colocados pela interdisciplinaridade na sua atividade de recomposição dos saberes fracionados, tendo em vista que a transdisciplina congrega a relação entre o conhecimento disciplinar e o diálogo de saberes no âmbito da questão ambiental.

Em seguida, o autor expõe que a interdisciplinaridade, mais do que funcionar como método que inter-relaciona disciplinas, deve dialogar com saberes a fim de criar um novo conhecimento, um novo objeto de investigação. Dessa maneira, a interdisciplinaridade atua como um elemento em favor da colaboração entre ciências e saberes, cuja cooperação conduz à elaboração desse novo conhecimento.

É incontestável o caráter contributivo desta noção interdisciplinar para o processo de participação e cidadania, no sentido de provocar o debate acerca da necessidade, do alcance e da importância da interdisciplinaridade para pensar e solucionar as questões ambientais. Além disso, Leff (2000), reclama o surgimento ou o retorno do entrelaçamento e unificação do conhecimento científico e do saber e práticas não-científicas, compreensão esta que permite a abertura para a tão almejada visão holística no trato das demandas ambientais.

#### 4. Racionalidade Ambiental: A Ética como um Caminho

Esta questão da visão holística no trato das demandas ambientais impescinde de um debate no âmbito da ética ambiental no contexto da racionalidade ambiental, cuja incursão ética implica uma abordagem ampla e profunda no manejo das questões jurídico-ambientais, permitindo ao cidadão uma maior participação no processo democrático, na sua identidade como membro e parte da complexidade ambiental e no comportamento solidário voltado para a outridade.

Assim, em obra intitulada Racionalidade Ambiental, Leff (2006) faz uma exposição densa sobre o que denomina de projeto epistemológico da modernidade; contextualiza e problematiza este tema; faz uma indagação relevante e aponta uma possível solução para a resolução do problema apresentado. O autor aborda a objetivação do mundo e a dominação do conhecimento científico trazidos com o Iluminismo, ou seja, com o predomínio da razão sobre os sentidos, os valores, os desejos, as culturas e afirma que um facilitador desta racionalidade é a globalização, a homogeneização do mundo e a hegemonia do estilo de vida trazido com a supremacia do conhecimento científico e tecnológico.

Para Leff (2006), esta objetivação do mundo, em lugar de criar modelos que representam a realidade, na verdade criou modelos que simulam a realidade e, nesta simulação, criou uma hiper-realidade, onipresente e caracterizada por afastar o real do mundo criado por esta racionalidade e causou a metástase do conhecimento, ou melhor, a generalização do conhecimento científico.

Assim, Leff diz que é necessário questionar esta racionalidade científica de modo a buscar uma nova racionalidade que permita a inclusão de significações e o retorno da ordem simbólica para que a apropriação da natureza seja da ordem social e não apenas de ordem técnica e econômica e, com isto, seja buscado o desenvolvimento sustentável, vez que o projeto epistemológico da modernidade, embasado do crescimento econômico e na ditadura do conhecimento científico, promove, alimenta e perdulariza o desenvolvimento sustentado, o qual sustenta as práticas de dominação econômica da natureza, as quais são chamadas pelo autor de estratégias fatais do desenvolvimento, levando à crise ambiental, à escassez qualitativa dos recursos naturais, à pobreza, miséria e morte.

Diante desta problemática da complexidade ambiental, Leff obtempera que um caminho para a possível solução ou a busca pela solução da crise ambiental seja a construção de uma nova racionalidade, esta voltada uma política da diferença, da outridade, da postulação de valores, de significações, de identidades, diversidades, diálogo de saberes, da ética ambiental, dentre outros, tal seja: a racionalidade ambiental. Esta enfrenta grande desafio, uma vez que, descrevendo a globalização econômica e a morte da natureza, proclamando, assim, que o domínio econômico e a técnica asseguram resolver a crise ambiental pelos próprios mecanismos de mercado, como a precificação dos recursos

naturais e pela tecnologia mesma, como as ditas tecnologias limpas e economias verdes, sendo que estas consistem muito mais em marketing ecológico do que reais soluções para a complexidade ambiental.

Assim, Leff (2006) critica o desenvolvimento sustentado pespegado pela tentativa de ecologizar a economia e aduz que a possível solução está na racionalidade ambiental. O autor busca em Weber e Habermas os marcos conceituais para desenvolver a sua racionalidade ambiental. Assim, o autor em tela constrói uma racionalidade ambiental formada pela racionalidade substantiva ou material; racionalidade teórica; racionalidade instrumental e racionalidade cultural, sendo que a articulação de todas estas na racionalidade poderá levar à uma nova racionalidade social e ressignificar a apropriação social da natureza.

Em Leff, a racionalidade substantiva ou material implica a postulação dos valores morais sociais na forma de apropriar-se da natureza; abrange, assim, as subjetividades; a racionalidade teórica é marcada pela construção de conceitos de alta relevância para orientar as estratégias a serem aplicadas para o desenvolvimento sustentável; a racionalidade instrumental insere os objetivos e meios eficazes à realização da racionalidade ambiental, através das políticas, dos instrumentos jurídicos e da tecnologia; a racionalidade cultural postula a inclusão das significações culturais dos povos na relação homem-natureza, ampliando o campo de conhecimento científico para o diálogo de saberes.

Para Leff a gestão articulada de todos estes vieses da racionalidade erige uma racionalidade ambiental viabilizadora do desenvolvimento sustentável. Contudo, Leff aponta a dificuldade de realização da racionalidade ambiental, vez que esta se contrapõe à racionalidade econômica, fortemente guiada pela racionalidade formal e instrumental, pelo cientificismo, globalização econômica e objetivação do mundo, sufocando os valores, as subjetividades, as significações e as diferenças.

Por isto autor afirma que é necessário haver uma ética ambiental para promover uma mudança de consciência e o retorno da ordem simbólica.

## 5. Conclusões

A sociedade está imersa num sistema que une, interliga e inter-relaciona várias partes. A partir deste construto, pensar o meio ambiente, é pensar em um sistema formado por um conjunto de partes que se relacionam entre si, seja de modo harmônico ou conflitivo. Neste sentido, o meio ambiente é o sistema por excelência que se perfaz por meio da junção de várias partes que se unem e se interligam através de relações destrutivas e construtivas e em constante busca de reequilíbrio, cujo papel, paradoxalmente, tem cabido ao direito.

O projeto jurídico da modernidade tem se revelado com o intuito de utilizar o direito como forma de legitimação de uma racionalidade técnica, instrumental, científica, baseada na fragmentação do conhecimento e, conseqüentemente, junção de interesses tão variados e conflitantes que o próprio sistema jurídico não consegue equilibrar, tais como as questões que envolvem os direitos de cidadania e participação.

Contudo, a ética ambiental constitui um chamamento à uma nova forma de produzir o conhecimento, uma nova forma de enfrentar as problemáticas sociais a partir da interação dos diversos componentes do meio ambiente – naturais, sociais, econômicos, culturais -, a fim de buscar a viabilidade da interdisciplinaridade no campo ambiental, de resignificação das racionalidades, especialmente da racionalidade jurídica para que esta se reconstrua como uma racionalidade ambiental voltada para a legitimação de novos saberes e ampliação do campo e das formas jurídicas para outros campos do conhecimento e das formas de vida cultural de modo que o não-direito, em interação com o direito possam reequilibrar o sistema jurídico-social desequilibrado pela inefetividade de direitos dos quais chamou-se a atenção neste trabalho para a cidadania e a participação no contexto democrático.

## 6. Referências

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: UnB, 1985.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 maio 2015.
- \_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. **Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos**, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9433.htm>>. Acesso em: 15 maio 2015.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. São Paulo: Editora UNESP, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011.
- CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CAUBET, Christian Guy. **A água, a lei, a política e o meio ambiente?** 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- CECH, Thomas V. **Recursos hídricos**: história, desenvolvimento, política e gestão. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

- DE GIORGI, Raffaele. **Ciência del derecho y legitimación**. Colección Teoría Social. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1998.
- D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação** / Tercio Sampaio Ferraz Junior. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2003.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces**. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEFF, Enrique. **Complexidade, interdisciplinaridade e saber ambiental**. In: PHILIPPI JR., A., TUCCI, C.E.M., HOGAN, D. J., NAVEGANTES, R. Interdisciplinaridade em ciências ambientais. São Paulo: Signus Editora, p. 19-51, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- MARX, Karl. Do capital. In: **Série Os Pensadores**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- NETO, Deraldo Dias de Moraes. **A natureza jurídica da cobrança do uso dos recursos hídricos: taxa ou preço público?** Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador-BA. 2009. Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=2144](http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2144)>. Acesso em: 18 maio 2015.
- OST, François. **A natureza à margem da lei**. Lisboa, Instituto Piaget, 1995.
- POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de águas no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- QUERMES, Paulo Afonso de Araujo. **Contradições nos processos de participação cidadã na política nacional de recursos hídricos no Brasil: análise da experiência dos comitês de bacia**. Tese (Programa de Pós-Graduação em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília-DF. 2006.

- SACHS, Ignacy. **Inclusão social pelo trabalho**: desenvolvimento humano, trabalho decente e futuro dos empreendedores de pequeno porte. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SILVA, Jairo Bezerra. **As tramas da questão hídrica**: uma análise da transformação da água num bem público dotado de valor econômico e dos comitês de bacia hidrográfica no Brasil. Tese (Programa de Pós-Graduação em Sociologia) – Universidade Federal da Paraíba. Paraíba, 2010.
- VIANNA, Túlio Lima. **Teoria quântica do direito**: o direito como instrumento de dominação e resistência. In: Prisma Jurídico - Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica v. 7. n. 1. Enero-junio. 2008. pp. 109-129. Universidade Nove de Julho, Brasil. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/934/93412617008.pdf>>. Acesso: 25 maio 2015.
- WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos de sociologia compreensiva. v. 1. 3. ed. Brasília: UnB, 1994.

# A LEGISLAÇÃO APARENTE NA CONSTRUÇÃO DE UMA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E SEUS EFEITOS NA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

---

ARNALDO SILVA JÚNIOR

Mestre e Doutorando em Direito Público pela PUC-Minas.

EDIMUR FERREIRA DE FARIA

Mestre e doutor em Direito Administrativo pela UFMG, professor da Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, Ex-Diretor da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas e Ex-Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo.

## Resumo

O desenvolvimento do Estado Democrático de Direito exige, além da valorização, a efetividade dos direitos fundamentais presentes na Carta Constitucional. Nesse contexto debate-se e analisa-se o atual sistema normativo brasileiro, a partir de um enfoque biopolítico e da microfísica do poder, procurando desvendar possível influência ideológica nos processos legislativos. Analisou-se, ainda, partindo do conceito de legislação simbólica, conteúdos legislativos que conduzem a uma ineficácia ou desvirtuamento de resultados normativamente propostos, visando atender exclusivamente a propósitos ideológicos bem definidos. Busca-se nesse contexto, analisando os discursos de elaboração legislativa e os resultados normativos alcançados, definir conceito de legislação aparente, objetivando verificar a utilização do Direito como instrumento de sustentação de interesses de uma classe dominante, por meio de um processo de universalização abstrata de ideias, que camuflam a existência concreta de objetivos particulares de determinada classe social. A utilização dessa legislação aparente, por meio de processo biopolítico, poderá ser compreendida como forma de aquietação social para condução a um fim conveniente de manutenção de interesses. A produção de legislação aparente que integra e constitui ordenamento jurídico infraconstitucional, acaba por influenciar a aplicabilidade das normas constitucionais, muitas vezes funcionando como agente de transformação interpretativa da Constituição a serviço de interesses socialmente limitados. Por fim, verifica-se que essa legislação aparente produz efeitos diretos e dificulta ações de proteção ao meio ambiente.

## Palavras-chave

Legislação simbólica; Processos legislativos; Biopolítica; Processos ideológicos; Estado; Poder; Proteção; Meio ambiente.

## Abstract

The development of a democratic state requires beyond recovery, the effectiveness of fundamental rights in the present Constitutional Charter. In this context, it is proposed to discuss and analyze the normative positivist system, from a biopolitical approach and the microphysics of power, seeking to uncover a possible ideological influence on legislative processes. The aim is also based on the concept of symbolic legislation, examine some of the content of legislation that lead to inefficiency or distortion of results normatively proposed, aiming only to serve ideological purposes well defined. Search in that context, analyzing the speeches of lawmaking and the results achieved normative, defining a concept of law apparent, to verify the use of law as an instrument to support the interests of a ruling class, through a process of universalization and apparent abstract ideas, which camouflage the concrete existence of particular goals of a particular class. The apparent use of such legislation through a biopolitical process may be understood as a way of calming a social order to conduct the maintenance of appropriate interests. The production of an apparent law that integrates and constitutes a legal infra, ultimately influence the applicability of constitutional norms, often functioning as a processing agent interpreting the Constitution. Finally, check that this apparent law produces direct effects and hinders protection actions to the environment.

## Key words

Symbolic law; Legislative proceedings; Biopolitics; Ideological process; State; Power; Protection; Environment.

## 1. Introdução

O processo legislativo no Brasil, na sua compreensão como ato de elaboração e produção de leis, tem sido tratado à luz de uma visão positivista, na qual persiste evidente “concepção instrumental do Direito Positivo, no sentido de que as leis constituem meios insuperáveis para se alcançar determinados fins desejados pelo legislador, especialmente a mudança social” (NEVES, 2011, p. 29), traduzindo verdadeira e inequívoca influência daqueles que compreendem o Direito como objeto de um conhecimento jurídico, que constitui ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano (KELSEN, 2006, p. 5).

Essa compreensão positivista, da qual compartilha-se da crítica quanto a sua implicação conceitual de um modelo funcional simplista e ilusório (NEVES, 2011, p. 29), parte do pressuposto de que por meio da codificação possa se alcançar resultados seguros como instrumento de controle social. Esse pensamento ignora a complexidade das relações sociais e políticas, reduzindo o sistema jurídico a uma visão exclusivamente instrumental, alicerçando-se ainda, numa “ideia iluminista de que uma boa lei possa resolver nossos problemas” (CRUZ, 2007, p. 270).

Além disso, a ideia de legislação como solução imediata para regulação e controle social, constantemente esconde outros propósitos da norma, carregados por processos ideológico<sup>1</sup>, que simulam uma atmosfera universalista de situações tratadas, quando na verdade, direcionam-se para foco bem definido de interesses particulares e reducionistas de uma classe específica.

As normas, nesse processo de elaboração, acabam por se transformar em símbolos de um objetivo superficialmente concebido e apresentado, que servirão como sustentáculo de um sistema biopolítico do Estado, para manutenção de interesses quase sempre econômicos, num mecanismo circular de alimentação da rede microfísica de poder<sup>2</sup>. Em suma, aquilo que parece ser, muitas vezes em nada é, quando se trata de legislação compreendida de modo finalístico pelo legislador.

Sem considerar análise mais crítica de hermenêutica constitucional, com foco nas influências existentes na dinâmica de elaboração legislativa, no conteúdo e nos resultados extraídos do próprio texto da realidade social; o objetivo primeiro é o de verificar se há, por meio da aplicação das normas simbólicas, a caracterização de uma legislação aparente, que age como mecanismo de transformação interpretativa das normas constitucionais, induzindo a um evento de constitucionalização simbólica.

## 2. A Legislação Simbólica e os Discursos de Verdade

Dispensa-se o aprofundamento da temática específica da conceituação sobre a legislação simbólica, e em virtude do recorte epistemológico. Interessa-se neste trabalho

1 Utilizamos aqui os significados modernos do termo *ideologia* “não mais empregado para indicar uma espécie de análise filosófica, mas uma doutrina mais ou menos destituída de validade objetiva, porém mantidas por interesses claros ou ocultos daqueles que a utilizam” (ABBAGNANO, 2007, p. 615).

2 “Em uma perspectiva micro, o poder é entendido, não como uma entidade ou algo que tenha um local determinado para acontecer, mas sim como estando em todos os lugares. Não existe ‘o poder’, mas somente relação de poder. Flutuante, não há alguém que o detenha. É nas práticas cotidianas que ele se realiza. A repetição das relações que estabelecem quem cria as regras e quem as cumpre o mantém presente na mente dos indivíduos. Ele está em todos os lugares onde haja mais de um sujeito, ou seja, todas as relações, de uma forma ou de outra, são relações de poder, mesmo que não percebidas enquanto tais. Sendo uma relação, onde o poder for exercido, existe também uma resistência. Com sucesso ou não, desrespeitar regras ditadas pelos detentores momentâneos de poder é uma forma desta resistência” (LOBO, [s.d.]).

visualizar o tema nos moldes propostos por Neves (2011, p. 30), uma definição de legislação simbólica atrelada à produção de textos, “cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”.

É a partir desse processo conjuntural de elaboração legislativa, conjugando-se o ato de produção do texto legal com o próprio texto produzido, que se poderá visualizar que em muitas circunstâncias a “referência político-valorativa ou político-ideológica” (NEVES, 2011, p. 31) passa a ser mais relevante que o caráter normativo-jurídico da legislação, tornando-a afastada da exigência social que a originou.

Em síntese, sempre se está diante de legislação simbólica, quando há evidente desvirtuamento de propósitos originários, ou, ainda, quando esses visam apresentar o Estado com roupagem conveniente a determinada classe ou grupo social, reduzindo os resultados pretendidos a segundo plano.

Sem perder de vista a exposição doutrinária sobre o conteúdo que a legislação simbólica pode apresentar<sup>3</sup>, encontra-se enorme relevância em anotar que além de servir a interesses ideologicamente determinados, essa legislação carrega em si, uma lamentável missão de produzir e constituir-se em discurso de verdade para servir aos propósitos dominantes. Em várias oportunidades, Foucault mencionava a criação dos discursos de verdade como mecanismos de poder<sup>4</sup>, o que se pode traduzir nos objetivos de manutenção ou criação de estados de coisas ou mesmo da relação dos próprios sujeitos da realidade social. A compreensão de Foucault é neste sentido:

Temos que produzir a verdade como, afinal de contas, temos de produzir riquezas. E, de outro lado, somos igualmente submetidos à verdade, no sentido de que a verdade é a norma; é o discurso verdadeiro que, ao menos em parte, decide; ele veicula, ele próprio propulsa efeitos de poder (FOUCAULT, 2005, p. 29).

A produção de discursos de verdade é contínua, e o papel que a norma desenvolve nesse contexto é significativo nos dias de hoje, sendo ainda comum e atual a afirmação foucaultiana de que “afinal de contas, somos julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou a uma certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros, que trazem consigo efeitos específicos de poder” (FOUCAULT, 2005, p. 29).

3 Para Neves (2011, p. 33), a legislação simbólica pode se apresentar sobre a forma de três conteúdos: a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

4 Foucault (2005, p. 28) dizia que “estudar o como do poder, isto é, tentar apreender seus mecanismos entre dois pontos de referência ou dois limites: de um lado, as regras de direito que delimitam formalmente o poder; de outro lado, a outra extremidade, o outro limite, seriam os efeitos de verdade que esse poder produz [...]”.

A crença na norma, a ideia de que o que a lei diz é uma verdade em si mesma, é um pensamento de senso comum que permeia cotidianamente a sociedade. Esse potencial que se traduz em discurso de verdade contido na norma, é a essência da força indutora que se utiliza a legislação simbólica.

A sobreposição do caráter político ao propósito normativo-jurídico, se dá via discurso de verdade que a norma realiza, num processo de apresentação simbólica que esconde, escamoteia, camufla o seu conteúdo particularizado, ideológico, de interesses limitados e definidos, simulando a melhor proposta de solução para determinado conflito social.

### 3. A Influência Ideológica no Desenvolvimento dos Processos Legislativos

Os discursos de verdade apresentados por meio das normas são reflexos de processos ideológicos que originaram a norma.

Não é recente a identificação de interesses ocultos presentes na elaboração legislativa. Durante vários momentos históricos é possível constatar que determinada norma surgiu apresentando-se como solução para um conflito social específico, mas sua aplicação acabava resultando em fracasso ou desvirtuava seu objetivo original, sendo, em todos os casos, propositadamente concebida com essa finalidade.

A Lei Áurea pode servir como exemplo de uma norma que se apresentava como símbolo de liberdade dos escravos e fim da escravidão, quando, na verdade, era possível verificarem-se outros objetivos, como afirmam estudiosos e historiadores sobre o tema:

Por trás da capa de inclusão e solidariedade para com a população negra escravizada estava o objetivo de beneficiar os senhores das riquezas, das terras e do direito de vida e de morte sobre os afro-brasileiros. Mais do que isso, a grande intenção da sociedade branca era excluir, marginalizar, afastar o negro do direito à terra, à educação, aos cuidados na infância e na velhice (OFM, 2003).

É de conhecimento que surge das pesquisas aos livros de história, quando da edição da Lei Áurea, que apenas 5% da população negra no Brasil ainda viviam sob o regime de escravidão (OFM, 2003), tendo em vista vários atos oficiais<sup>5</sup> que permitiram aos negros a

5 A Lei do Ventre Livre e a Lei dos Sexagenários, ambas anteriores à Lei Áurea, são exemplos de normas que possibilitavam a liberdade aos negros. A primeira permitia a liberdade aos recém-nascidos, a partir da publicação daquela Lei, e a segunda concedia a liberdade ao escravo que atingisse 60 anos. Interessante registrar que ambas as leis são consideradas por grupos de estudos da raça negra e associações de afrodescendentes como normas nocivas aos negros, apesar de sua aparência de boa lei. Uma, por separar os filhos recém-nascidos dos pais, com o intuito de evitar a deficiência no trabalho do campo; a outra, argumentam os críticos, por considerar que a liberdade ao negro de 60 anos era uma forma de livrar-se de um problema, uma vez que não mais servia como um boa mão de obra.

obtenção da liberdade, quase sempre por meio de seus próprios esforços. Essa constatação histórica já permitiria concluir que seria demasiadamente propagandístico a representatividade que a referida lei acabou por encampar, tornando-a, nesse sentido, uma lei simbólica, uma vez que os resultados “propagados” não seriam aqueles efetivamente alcançados com o propósito que “aparentemente” a norma se apresentava.

Outros tantos exemplos poderiam ser elencados, contudo a brevidade que se impõe conduz a uma exposição de maior importância nesta oportunidade. A influência da imprensa no processo de elaboração legislativa, principalmente no âmbito criminal, é escancaradamente perceptível em nosso País, sendo um instrumento motivador para ação ideológica nos processos legislativos.

Em passado razoavelmente recente, a imprensa divulgava, em horários nobres da televisão brasileira, dois atos criminosos praticados contra respeitados empresários brasileiros. Ambos ocorridos em 1989, desencadearam a aprovação mais célere de uma lei na história do Congresso Nacional brasileiro: a Lei n. 8.072, de 25/7/1990, que classificava o crime de sequestro como hediondo (BRASIL, 1990).

Mascarenhas (2010), discorrendo sobre a influência da mídia na produção legislativa penal brasileira, faz menção expressa aos casos de sequestro mencionados, destacando a celeridade procedimental adotada pelo Congresso Nacional, afirmando:

O processo legislativo sumaríssimo de promulgação da referida lei foi pautado, como já dito, pelos sequestros dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina. O Senado aprovou a Lei em apenas 34 dias, contados da data de apresentação do projeto, e a Câmara aprovou um substitutivo a respeito em apenas dois dias.

Esse caso específico de influência da mídia no processo legislativo brasileiro gerou repercussão além dos limites territoriais brasileiros<sup>6</sup>.

Mais adiante, após o assassinato de uma reconhecida atriz em 1994, o Congresso brasileiro, novamente guiado pelos impulsos midiáticos, aprovou a Lei nº 8.930, de 06/9/1994, ampliando o rol de crimes hediondos, ali inserindo o homicídio qualificado.

Essa força influenciadora da mídia junto ao legislador, por consequência, gera a produção de legislação simbólica, de conteúdo ideologicamente contaminado, por objetivos meramente políticos imediatista (dar satisfação à sociedade e à mídia), sem qualquer

6 Os ilustres penalistas Zaffaroni e Pierangeli (2002), fazendo menção a norma originária dos fatos criminosos ocorridos no Brasil e amplamente divulgados, aduziram que “menos de 2 anos após a Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário, pressionado por uma arquitetada atuação dos meios de comunicação social, formulava a lei 8.072/90. Um sentimento de pânico e de insegurança – muito mais produto de comunicação do que realidade – tinha tomado conta do meio social e acarretava como consequência imediatas a dramatização da violência e sua politização.

compromisso com a efetiva solução dos conflitos sociais que se apresentaram (uma norma que comprovadamente não alcança resultados no combate à criminalidade).

#### 4. A Concepção de Legislação Aparente

Um amplo estudo sobre a existência, conceituação, forma, constituição e alcance da legislação simbólica já fora desenvolvido, e de certa forma, poderia dar a impressão de esgotamento do tema, principalmente diante do grau de aprofundamento da pesquisa levada a efeito, e das obras jurídicas produzidas. Contudo, a proposta de debate que se apresenta, tem em seu núcleo, um enfoque que ligeiramente diferencia-se da discussão até agora desenvolvida no campo da doutrina.

O campo de estudo da legislação simbólica tem demonstrado a existência e conceituação dessas normas em um modelo no qual ressalta-se como característica elementar a ausência de resultados, além, é claro, dos elementos básicos de desvirtuamento de propósitos, confirmação de valores, satisfação às expectativas da sociedade ou como compromisso dilatatório (NEVES, 2011).

A legislação aparente, que poderia até ser classificada também como legislação simbólica ou como uma de suas formas de apresentação, tem em seu conteúdo detalhe de diferenciação, sutil, ligeiro, e até perigoso, uma vez que num rápido olhar superficial, poder-se-ia, afastá-la dessa categoria. Há no contexto da legislação aparente, a constatação de resultados obtidos pela norma jurídica, e esse fato, assenta e fortalece ainda mais o discurso de verdade em que ela se apresenta.

O fato é, que há normas que se apresentam “aparentemente” com uma finalidade objetiva, real, concreta e até mesmo de bons propósitos, como por exemplo a Lei n. 6.938, de 31/8/1981 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (BRASIL, 1981), amplamente propagada como a lei que instituiu rígidos mecanismos de combate a degradação ambiental, proteção ao meio ambiente, imposição de regras de responsabilização.

O legislador, bem como a mídia em geral, difundiram a ideia de que essa lei, seria de inestimável potencial para a proteção ao meio ambiente. Muitos anos já se passaram desde a sua edição. Entretanto, o que se verifica facilmente é que, apesar de sua importância, o respectivo comando de conteúdo sancionatório não restou suficiente para coibir ou mesmo impedir as práticas nocivas à natureza. No mesmo caminho, a edição dessa norma não conduziu o legislador e mesmo os órgãos executivos, ao aperfeiçoamento constante de medidas essenciais à proteção ao meio ambiente. É possível constatar facilmente, por dados divulgados, que desde a edição da referida norma os desmatamentos aumentaram<sup>7</sup>,

7 Segundo o (INPE) Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, o desmatamento da Amazônia cresceu 29% entre o período de agosto de 2012 e julho de 2013 (cf. FLECKI; VALLONE, 2014).

o volume de rios e lagos poluídos não diminuíram, a ausência de tratamento de esgoto ainda persiste e as matas ciliares continuam sendo destruídas e a mata atlântica está reduzida a poucas manchas em todo território brasileiro.

Não é difícil perceber que essa lei, que, aparentemente, visa atender determinada finalidade, qual seja, a proteção ao meio ambiente, acaba por desviar-se de seus objetivos, fato que contribui para a obtenção de poucos resultados, tendo em vista que foram atendidos os propósitos que verdadeiramente deram origem a norma aparente.

Essa situação é tão ou mais grave que a legislação simbólica clássica, aquela que não produz nenhum resultado proposto, uma vez que expõe e induz a uma “aparente” satisfação social, aliado a uma equivocada sensação de atendimento aos fins apresentados pela norma, quando efetivamente, a realidade que se apresenta não é a espelhada na lei.

A constatação de alguns resultados obtidos com as previsões legais da norma aparente, como a divulgação de aplicação de elevadas multas a empresas que contaminaram rios e córregos (CSN, 2013), por exemplo, alimenta e fortalece a falsa sensação construída de que em decorrência daquele texto legal os problemas de degradação ambiental estariam resolvidos, criando um conformismo situacional e a consequente aquietação social<sup>8</sup> diante de grave problema que exige maior atenção dos órgãos estatais, qual seja, o aperfeiçoamento da gestão pública.

A legislação aparente acaba por atender muito mais aos fins ideológicos ocultos que verdadeiramente a originaram, do que seus propósitos aparentemente apresentados a sociedade, o que ocorre também, em especial, em relação à proteção ao meio ambiente, como examinado adiante.

## 5. A Legislação Aparente na Construção de uma Constitucionalização Simbólica

Para muitos autores, a própria concepção constitucional está atrelada a um processo ideológico de formação sociológica do Estado, como no entendimento de Lassale (2010, p. 45), para quem “a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem”.

Contudo, não seria a oportunidade para discorrer sobre a análise do Poder Constituinte e seus contornos políticos e históricos de formação. O que realmente interessa neste momento é verificar e identificar situações de ausência de efetividade constitucional em atendimento a uma orientação interpretativa situada no plano ideológico ou por ele

---

8 “O que transforma uma crença em ideologia não é sua validade ou falta de validade, mas unicamente sua capacidade de controlar os comportamentos em determinada situação” (ABBAGNANO, 2007, p. 616).

fortemente influenciada, em especial, diante da legislação específica, os seus efeitos na proteção ao meio ambiente.

É fato que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade” (HESSE, 1991, p. 14), ou seja, a sua existência se apresenta na sua vigência, na concretização de seus enunciados normativos diante da realidade, o que Hesse (1991, p. 14-15) chamou de “pretensão de eficácia”.

A Constituição como norma fundamental mantém forte estabilidade em sua estrutura de texto, opondo-se a qualquer intenção facilitadora de modificação, como forma de assegurar a confiança de sua força normativa (HESSE, 1991, p. 22). Isso não quer dizer, que sua interpretação seja estanque, insuscetível de alteração, principalmente ao longo do tempo. Ao contrário, é justamente a interpretação constitucional a força vital de sua eficácia, impondo no momento de sua concretização, vinculação com a realidade histórica concreta de seu tempo (HESSE, 1991, p. 25).

Não se pode deixar de compreender que a positividade do direito o conduz a um sistema operacionalmente fechado, e que, como muito bem acentuou Neves (2011, p. 69-70), “a validade e o sentido do direito constitucional dependem da atividade legislativa e da aplicação concreta do direito”.

A Constituição aqui, pode ser compreendida “como normatização de processos de produção normativa, imprescindível à positividade como autodeterminação operativa do direito” (NEVES, 2011, p. 71).

Essa função normativa da Constituição fixará limites ao sistema jurídico, e permitirá, por meio de evolução interpretativa, sua atualização histórico-social, equilibrando sua rigidez de “norma fundamental” à necessidade de alcance social almejado, muitas vezes já manifestada em comportamentos, possibilitando por meio de processo de concretização constitucional, aproximação entre Constituição e realidade social<sup>9</sup>.

Essa concretização constitucional não pode ser concebida como “hierarquização absoluta”, mas como processo de circularidade entre “criação e aplicação do direito”, em que as leis ordinárias e as decisões dos Tribunais competentes para questões constitucionais “determinam o sentido e condicionam a validade das normas” (NEVES, 2011, p. 72).

É justamente no momento de interpretação da norma constitucional, nesse processo de circularidade, que se dá com certa frequência, forte influência da legislação aparente.

9 Neves (2011, p. 64), ao expor sobre a concepção cultural-dialética de Constituição, baseando-se em obras de Kelsen, Jellinek e, principalmente, Smend, afasta qualquer compreensão de norma constitucional como “expectativa estabilizada de comportamento”, para assumir a relação dialética existente entre as expectativas jurídico-normativas de comportamento e as normas constitucionais vigentes, numa interação entre sistemas sociais.

Esse fato age como inibidora de eficácia plena ou modificadora do contexto histórico do texto da Constituição, impedindo maior alcance de seus efeitos.

A complexidade das relações sociais e a dinâmica de sua evolução vão exigir do intérprete constitucional o desenvolvimento argumentativo de convicções para fazer impor o caráter de “não identificação” da Constituição a qualquer preceito moral, religioso, filosófico ou ideológico totalizante (NEVES, 2011, p. 73), que possa se apresentar no contexto de uma legislação infraconstitucional.

O surgimento de uma constitucionalização simbólica baseada na influência de legislação aparente não se confunde com nenhum dos modelos apresentados por NEVES (2011, p. 90-104), seja por insuficiência de concretização normativo-jurídica generalizada do texto constitucional, seja em sentido positivo por meio de função político-ideológica da atividade constituinte do texto constitucional ou como constituição álibi.

Em todas essas formas de constitucionalização simbólica, há uma vinculação à inexistência de resultados de vigência da norma constitucional, informando a “falta generalizada de concretização das normas constitucionais<sup>10</sup>” (NEVES, 2011, p. 92), e ausência abrangente dessa concretização normativa do texto constitucional, ou seja, (muda a redação para substituir ou seja) de poucos resultados, em razão, aqui, da influência político-ideológica.

Ressalte-se que essa vinculação aos resultados obtidos, ou seja, a normatividade e concreção da norma constitucional, é elemento fundamental para Neves na caracterização da constitucionalização simbólica, como afirma:

A constituição funciona realmente como instância reflexiva de um sistema jurídico vigente e eficaz.

Já no caso da constitucionalização simbólica, à atividade constituinte e à emissão do texto constitucional não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional. Assim, como já afirmei em relação à legislação simbólica (cf. Item 6, Cap. I), o elemento de distinção é também a hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais.

Ocorre que há situações em que o processo de interpretação do texto constitucional sofre forte influência da irradiação dos efeitos da legislação aparente, moldurada em seus

10 Nesse sentido, Neves (2011, p. 92) expõe uma das formas de constitucionalização simbólica, que se dá através da ausência generalizada de normatividade do texto constitucional, afirmando: “Ao texto constitucional não corresponde normatividade concreta nem normatividade materialmente determinada, ou seja, dele não decorre, de maneira generalizada, norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada.”

discursos de verdade<sup>11</sup>, finalisticamente atendendo a propósitos ideológicos, que irão produzir resultados efetivos, mas distintos de sua apresentação ao contexto social.

Esse processo de construção de constitucionalização simbólica, por influência de legislação aparente, se distingue dos demais modelos, diante de concretização normativa de textos constitucionais que produzirão resultados e aquietação social. Contudo, é possível perceber, que a interpretação dada ao texto constitucional foi alterada por absorção da ideia transmitida pela legislação aparente.

É possível utilizar o mesmo exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal, anteriormente mencionada, como aparente, para se verifique que embora sua vigência tenha proporcionado a obtenção de resultados positivos, no âmbito de aperfeiçoamento da responsabilidade na gestão pública, esses mesmos resultados estão longe de atenderem satisfatoriamente os propósitos da norma constitucional de controle das finanças públicas.

O objetivo “aparente” da norma infraconstitucional era o de regulamentar o art. 163 da CF, principalmente o inciso I, que dispõe sobre finanças públicas (BRASIL, 1988). Com mais de dez anos de vigência, porém, o descontrole dos gastos públicos continua, o endividamento público interno é altíssimo, as dívidas de final de mandato não cessaram e o inchaço da máquina pública com sobrecarga em sua despesa de pessoal é fato incontestável.

Essa norma (Lei de Responsabilidade Fiscal) de conteúdo “aparente” atingiu seu objetivo verdadeiro de atendimento ao mercado internacional e, embora internamente seus resultados sejam também positivos e perceptíveis, há um grave problema de acomodação conjuntural da sociedade – aquietação social – principalmente da classe política: não comprometimento público – que transformam o texto constitucional, sob tal influência, a ponto de limitar a interpretação normativa da Constituição ao alcance da norma infraconstitucional complementar.

## 6. Os Efeitos da Legislação Aparente na Proteção ao Meio Ambiente

Diante do exposto, não é difícil perceber, no caso específico do tratamento constitucional, alinhado à legislação referente à Política Nacional de Meio Ambiente, que o processo de elaboração legislativa sofreu a incidência político-valorativa, principalmente no decorrer de sua implementação/aplicação, causando, no âmbito da interpretação constitucional vigente, desvirtuamento de propósitos.

---

11 Entendemos ser oportunamente mais adequado a manutenção da análise partindo da concepção de Foucault sobre uma apresentação ideológica conduzida por meio de uma linguagem que simula uma situação em detrimento de outra para justificação dos mecanismos de poder. Não desconhecemos as teorias que distinguem o agir comunicativo do agir estratégico, desenvolvido por Habermas e bem explicitado por Neves (2011, p. 116-120), que se enquadraria no debate proposto.

Esses processos ideológicos apresentam-se com clareza, a partir de discursos de rigidez da norma, como aplicação da responsabilidade objetiva e solidária, desnecessidade de apuração de culpa ou de dolo e imputação de elevadíssimas multas. É lógico que tudo isso é válido e tem sua parcela de contribuição. O fato de ser questionado não é esse.

Na linha do debate, que deve ser mais amplo, exige-se postura mais eficiente do legislador e dos governantes, impõe avanços, levantamento dos resultados alcançados com a norma, a partir daí, fica evidente a estagnação e o conformismo ideológico, que restringe investimentos e a adoção de política mais austera, moderna e eficiente na proteção ao meio ambiente. Não adianta os discursos e a aparência de lei rígida se os danos aumentam a cada dia. Diversos são os elementos inseridos nos discursos atuais, que camuflam os processos ideológicos acentuados e alicerçados em interesses econômicos muito fortes.

É comum a justificativa de que o dano ao meio ambiente, na maioria dos casos, não permite sua recomposição ao estado anterior – recompor o que foi destruído ou degradado em sua forma original –, criando, dessa forma, permissivo legal que admite como meio de reparação a imposição de multa pecuniária. É certo que em muitos casos, realmente, não há meios para voltar à cena original do ambiente físico degradado, e a aplicação de multa é, sem dúvida, um instrumento de coibição e sanção. Não é contra isso, e só isso, que se apresenta contrário. O que passa a ocorrer, na verdade, é que o exercício permanente dessa prática causa dano e, em consequência, aplica-se multa. Nada, além disso, é construído como proposição evolutiva de instrumentos aptos a aprimorar o contexto de proteção ambiental, fato que leva à compreensão de que a reparação pecuniária, por si só, acaba representando conforto, até mesmo para a consciência dos governantes, tratando-se de política pública de proteção e reparação ambiental.

Isso se comprova com fartos índices que demonstram a ausência de investimentos no que se refere à prevenção, falta de pessoas habilitadas na fiscalização (déficits de agentes fiscais do IBAMA em áreas extensas de florestas), ausência de integração da gestão florestal (BALAZINA, 2009), implementação de mecanismos eficazes de ajustamentos e composições para priorizar ações reparativas por parte dos agentes causadores de danos ao meio ambiente. O que se percebe é que cada vez mais são noticiadas ações de madeireiros clandestinos na Amazônia, por falta de fiscalização suficiente em área tão extensa de floresta; derramamento de esgoto em rios e lagos, por falta de investimentos em saneamento básico; contaminação de rios e mananciais; pescas predatórias; destruição de matas ciliares por produtores rurais com argumentos sustentados no desenvolvimento da atividade agrícola e pecuária, contemporaneamente denominado agronegócio; poluição do ar por indústrias; contaminação de cursos d'água e lençol freático pelos resíduos sólidos (lixões), em decorrência, principalmente, de legislação altamente permissiva.

Por outro lado, o debate sobre a competência legislativa apresentada pela Constituição Federal, em seu art. 24, I, VI, VII e VIII (BRASIL, 1988), determina

ser concorrente entre União, Estados-Membros e Distrito Federal a competência para legislar sobre matérias relativas à proteção do meio ambiente, conservação da natureza, defesa do solo, proteção ao patrimônio paisagístico e responsabilidade por dano ao meio ambiente, que se mostrava inflexiva, tem se apresentado em franca evolução interpretativa, no sentido de avançar na compreensão de que, sendo o meio ambiente um bem de todos e responsabilidade de todos os entes, cabe aos municípios a competência legislativa para editar normas de regulamentação que visam a proteção, preservação e defesa da integridade do meio ambiente local. Nesse sentido, traz-se à colação, recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 673.681/SP, relator Ministro Celso de Mello, que em seu voto destacou:

Tenho por inquestionável, *por isso mesmo*, que assiste ao Município *competência constitucional* para formular *regras* e legislar *sobre proteção e defesa do meio ambiente*, que representa *encargo irrenunciável* que incide *sobre todos e cada um* dos entes que integram o Estado Federal brasileiro. (BRASIL, 2014)

Admitir cada vez mais, com amplitude, a possibilidade dos municípios exercerem sua autonomia constitucional de legislar em assuntos de seu interesse local, (art. 30 da CF) assegura, de fato, a implementação de políticas públicas efetivas de proteção ao meio ambiente. Contudo, o contexto atual que se insere a norma geral de política nacional de meio ambiente, diante dos resultados que se apresentam, reflete, incontestavelmente, um distanciamento da concretização constitucional de proteção ao meio ambiente e a efetiva realidade social. Há uma característica elementar da incidência da legislação aparente, e sua influência interpretativa na constitucionalização simbólica, diante dos fracos resultados alcançados. Saliente-se que a Constituição Federal, no art. 225, *caput*, prescreve:

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 (BRASIL, 1988).

Esse comando constitucional, como se vê, obriga o Poder Público, (compreendendo a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios) e a coletividade a cuidarem e conservarem o meio ambiente, por ser ele direito de todos a ser usufruído pela a atual e pelas as futuras gerações.

Todavia, o transcrito preceito constitucional, de relevante dicção, está numa direção enquanto o Poder Público e a coletividade em outra oposto. O Poder Público se omite e a coletividade, em geral, não cobra a efetivação da Constituição nesse particular e pior, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas, sobretudo as empresas que produzem produtos químicos ou utilizam deles como insumo de suas produções, são poluidores contumazes.

## 7. Conclusões

O discurso e até mesmo o debate sobre a defesa do Estado Democrático de Direito, como constantemente se depara, não deve ser restrito ao campo da indagação sobre a elaboração de novas normas e novas formas técnicas de interpretação. A tentativa que ainda se emprega, principalmente no espaço ocupado pelos legisladores pátrios, com o fito de buscar soluções para conflitos sociais mediante edição de nova lei que, milagrosamente, possa transformar a realidade em passo de mágica é equívoco, pois, ao contrário de contribuir, acaba por desconstruir avanços edificados ao longo do tempo.

A concepção de processo legislativo não pode mais se dar no campo de compreensão de simples “produtor de leis”, sendo necessária a incorporação de elementos racionalizadores voltados para a concreção de regramentos cada vez mais ajustados aos anseios da realidade social, sob pena de continuarem a produção contínua de normas aparentes e simbólicas impregnadas de conteúdos ineficazes.

Assim, para que as regras de direito possam sempre cumprir finalidades de atendimento a uma equalização de direitos, impedindo sua utilização meramente como instrumento de manipulação e dominação social, é evidente a necessidade de inserção de mecanismos de argumentação democrática e participativa nos processos elaborativos e interpretativos das normas, principalmente em relação à aplicabilidade dos textos constitucionais. Por meio da argumentação participativa, via sociedade de intérpretes<sup>12</sup>, será possível “a superação dos discursos e práticas biopolíticas, que reduzem e limitam as possibilidades dos direitos e dos sujeitos” (GONTIJO; ARCELO, 2009), evitando o surgimento de legislação simbólica ou aparente, com vistas a efetividade mais realista e adequada aos preceitos constitucionais, buscando afastar ou amenizar os efeitos de uma incidência exclusivamente ideológica durante o desenvolvimento desses processos, em especial, como abordado, no que diz respeito à proteção ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável.

## 8. Referências

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BALAZINA, Afra. Apreensão de madeira cresce 629,5% em SP. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 21 jan. 2009. Caderno Ambiente. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2009/01/492573-apreensao-de-madeira-cresce-6295-em-sp.shtm>>. Acesso em: 15 maio 2015.

<sup>12</sup> “No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.” (HABERLE, 2002, p. 13).

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 maio 2015.
- BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 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, 2 set. 1981. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2015.
- BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jul. 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Lei municipal contestada em face de Constituição estadual. Competência do Município para dispor sobre preservação e defesa da integridade do meio ambiente. Recurso Extraordinário n. 673.681-SP. Relator: Min. Celso de Mello; Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo; Proc.: Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo; Recdo.: Prefeito do Município de Mogi Mirim. **Informativo STF**, n. 77, 5 dez. 2014. Disponível em: <[queimadas.cptec.inpe.br/~rqueimadas/material3os/RE\\_673681.pdf](http://queimadas.cptec.inpe.br/~rqueimadas/material3os/RE_673681.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2015.
- CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CSN é multada em R\$ 35 milhões por contaminação no RJ. **Veja**, São Paulo, 8 abr. 2013. Caderno Economia. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/csn-e-multada-em-r-35-milhoes-por-contaminacao-no-rj/>>. Acesso em: 15 maio 2011.
- FLECK, Isabel; VALLONE, Giuliana. Dilma diz que Marina mente sobre Amazônia; desmatamento cresceu em 2013. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 23 set. 2014 (reportagem de Marcelo Leite, enviado especial a Nova York). Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/09/1521157-dilma-diz-que-marina-mente-sobre-amazonia-desmatamento-cresceu-em-2013.shtml>>. Acesso em: 15 maio 2015.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GONTIJO, Lucas de Alvarenga; ARCELO Adalberto Antônio Batista. A biopolítica nos estados democráticos de direito: a reprodução da subcidadania sob a égide da constitucionalização simbólica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., São Paulo 2009. **Anais...** Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2412.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2412.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2015.

- HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Campinas: Servanda, 2010.
- LOBO, M. Alexandre. **Michel Foucault e a microfísica do poder**. [s.d.]. Disponível em: <<https://sites.google.com/a/webhumanas.net/www/michelfoucaulteamicrof%C3%ADsicadopoder>>. Acesso em: 17 jun. 2011.
- MASCARENHAS, Oacir Silva. A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8727](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8727)>. Acesso em: 14 maio 2015.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- SANTOS, David de (Frei). **Negros**: a face real da Lei Áurea. 2003. Disponível em: <[http://www.antroposmoderno.com/antro-articulo.php?id\\_articulo=312](http://www.antroposmoderno.com/antro-articulo.php?id_articulo=312)>. Acesso em: 14 maio 2015.
- SILVA JÚNIOR Arnaldo. **A legislação aparente na construção de uma constitucionalização simbólica**. Disponível em: <<https://sites.google.com/a/webhumanas.net/www/michelfoucaulteamicrof%C3%ADsicadopoder>>. Acesso em: 17 maio 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

# A PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA NA ANÁLISE DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL COMO MECANISMO DEMOCRÁTICO DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS

---

JOSÉ CLÁUDIO JUNQUEIRA RIBEIRO

Doutor em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005). Mestre em Genie Sanitaire et Urbanisme pela Ecole Nationale de La Sante Publique, Rennes, França (1977). Especialista em Engenharia Sanitária pela Escola de Engenharia da UFMG (1974). Graduado em Engenharia Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (1973). Professor titular de Gestão Ambiental da Faculdade de Engenharia e Arquitetura da Universidade Fumec e Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara: Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Foi Pesquisador Pleno da Fundação Estadual do Meio Ambiente de Minas Gerais e seu Presidente por três mandatos, quando se aposentou. Consultor, atuando principalmente nas seguintes áreas: Sistema de Gestão Ambiental, Avaliação de Impacto, Licenciamento, Normalização, Resíduos Sólidos Urbanos RSU, de Serviço de Saúde RSS, e Eletroeletrônicos REEE e Indicadores Ambientais, de Produção mais Limpa e de Desempenho Ambiental. End. eletrônico: jcjunqueira@yahoo.com

ROMEU THOMÉ

Doutor em Direito Público com ênfase em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Econômico com ênfase em Direito Ambiental pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara: Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Advogado e consultor em Direito Ambiental.

## Resumo

O presente trabalho tem como escopo analisar os mecanismos de participação popular na avaliação de impacto ambiental como decorrência da aplicação do princípio democrático em matéria ambiental. Verifica-se que, no Brasil, apesar de já prevista nas normas ambientais em vigor, a participação popular é limitada a momentos específicos do procedimento de licenciamento ambiental, enfraquecendo sua função de subsidiar a tomada de decisão pelo Poder Público e dificultando a adoção de medidas socioambientalmente justas. Uma das premissas de um Estado Democrático e Socioambiental de Direito

é a de que os cidadãos têm o direito (e o dever) de participar ativamente da tomada de decisões que possam vir a afetar o equilíbrio ambiental. Para tanto, torna-se necessário o aperfeiçoamento e a ampliação dos mecanismos de participação nos procedimentos de análise de avaliação de impactos ambientais.

## Palavras-chave

Princípio democrático; Meio ambiente; Participação; Avaliação de impacto ambiental.

## Résumé

Ce travail a pour objectif analyser les mécanismes de participation populaire dans l'évaluation de l'impact environnemental. Le thème est lié à l'application du principe démocratique en matière d'environnement. Il est constaté que, au Brésil, malgré déjà couverts par les normes environnementales, la participation populaire est limitée à des moments précis de la procédure d'autorisation. Cela affaiblit son rôle d'aider la décision prise par le gouvernement et entrave l'adoption de mesures socialement et écologiquement justes. Une des hypothèses d'un Etat de Droit Démocratique est que les citoyens ont le droit (et le devoir) de participer à la prise de décisions qui peuvent affecter l'équilibre environnemental. Pour cela, il est nécessaire l'amélioration et l'expansion des mécanismes de participation dans les procédures d'évaluation de l'impact environnemental.

## Mots-clés

Principe démocratique; Environnement; Participation; L'évaluation de l'impact environnemental.

## 1. Introdução

As origens do processo de avaliação de impacto ambiental remontam ao final da década de 1960, período em que houve a elaboração do *National Environmental Policy Act – NEPA* nos Estados Unidos, vigente em primeiro de janeiro de 1970. Tão logo implementados pelos norte-americanos, os mecanismos previstos no NEPA também foram adotados por países de economia central com estágios de desenvolvimentos similares, que igualmente sentiram a necessidade de elaboração de avaliação de impactos ambientais para subsidiar a tomada de decisão do Poder Público, sobretudo nos projetos de empreendimentos de maior envergadura. Inicialmente, a disseminação desse processo de avaliação de impacto ambiental ocorreu em países de origem britânica, como Canadá (1973), Nova Zelândia (1973) e Austrália (1974), provavelmente em decorrência da similitude de seus sistemas políticos e jurídicos.

Na Europa, a Diretiva 337/85 (que dispõe sobre a avaliação dos efeitos de determinados projetos públicos e privados no ambiente) é considerada o marco para a adoção formal do processo de avaliação de impacto ambiental, aplicada, a partir de então, compulsoriamente, em todos os países membros. Importa registrar, nesse ponto, a precursora iniciativa da França, que em 1976 legislou sobre esse tema, antecipando sua aplicação no território europeu.

As discussões acerca da complexidade da temática ambiental, as cooperações internacionais e a instauração de relações com bancos internacionais, notadamente o Banco Mundial, constituíram-se em fatores relevantes para que a avaliação de impacto ambiental fosse introduzida também nos países em desenvolvimento.

No Brasil, conquanto alguns estados, a exemplo de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais já ensaiassem procedimentos de avaliação de impacto ambiental desde meados dos anos 1970, sua implementação em âmbito nacional assumiu feição cogente apenas no início da década de 1980, por meio da Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981, que alçou a avaliação de impactos ambientais à categoria de instrumento da política nacional de meio ambiente.

Art. 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

I - o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;

II - o zoneamento ambiental;

**III - a avaliação de impactos ambientais;** (grifo nosso)

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

V - os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental;

VI - a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas;

VII - o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente;

VIII - o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental;

IX - as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental.

X - a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA;

XI - a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes;

XII - o Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais.

XIII - instrumentos econômicos, como concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental e outros. (CONAMA, 1986).

Embora a avaliação de impactos ambientais tenha sido positivada com a Lei 6.938/81, a regulamentação dos procedimentos para sua efetiva aplicação somente ocorreu em 1986, por intermédio da Resolução 01/86 do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, diploma que estabeleceu as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Impõe-se destacar a ideia nuclear que anima os propósitos do *National Environmental Policy Act* - NEPA (1969), da Diretiva Europeia (1985) e da Resolução CONAMA (1986): a relevância atribuída à participação pública no processo de avaliação de impacto ambiental como garantia de pleno exercício de cidadania e democracia.

O presente trabalho tem como objetivo apresentar os conceitos centrais sobre participação em matéria ambiental, identificar a diversidade de público, e investigar os modelos e ferramentas disponíveis para a efetiva participação da sociedade nesse processo que oportuniza aos interessados o notável papel de atores na tomada de decisão pelo Poder Público. Ademais, cumpre destacar a importância da condução de um programa de participação e a efetiva incorporação de seus resultados no processo de análise da avaliação de impacto ambiental, à luz das normas que regulamentam seus procedimentos no ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

## 2. O Princípio Democrático (ou da Participação Comunitária) em Matéria Ambiental

No Estado Democrático e Socioambiental de Direito <sup>(1)</sup>, os cidadãos têm o direito (e o dever) de participar de decisões que possam vir a afetar o equilíbrio ambiental. Há inúmeros mecanismos para proteção do meio ambiente que possibilitam a efetiva aplicação do princípio democrático (ou da participação comunitária).

O princípio dez da Declaração do Rio 92 (Eco 92) expressamente prevê que

1 3 Na literatura, encontram-se termos designativos de “Estado Ambiental de Direito”, “Estado de Direito Ambiental”, “Estado Socioambiental”, “Estado Democrático Ambiental de Direito” e “Estado Democrático e Socioambiental de Direito”, entre tantos, para denominar um Estado comprometido com a sustentabilidade ambiental. A rigor, Estado Democrático de Direito já assumiria inescapavelmente esse compromisso desde a largada. Mantivemos Estado Democrático e Socioambiental de Direito no texto como forma de enfatizar, dentre os projetos emancipatórios do Estado Democrático, o pacto intergeracional e o desenvolvimento sustentável num mundo de incertezas e riscos.

[...] a melhor maneira de tratar questões ambientais **é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados**. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado **acesso efetivo a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos**. (grifo nosso).

A democracia, hoje, não se satisfaz com as instâncias deliberativas dos representantes eleitos e de corpos burocráticos fiéis aos comandos legais. Como ensina Sampaio (2003, p. 93), “o princípio do Estado Democrático de Direito não se consola apenas com a figura da representação política formal, exigindo simultaneamente a participação popular e a colaboração judicial responsável nos exercícios de concretização dos direitos fundamentais”.

Ao defender a ideia de implementação de novos mecanismos calcados na ética de responsabilidade de longo alcance no agir humano, sobretudo no que se refere às questões ambientais, Hans Jonas (2006, p. 64) questiona a capacidade do governo representativo contemporâneo de atender as novas exigências da sociedade de risco, acrescentando que “o ‘futuro’ não está representado em nenhuma instância; ele não é uma força que possa pesar na balança. Aquilo que não existe não faz nenhum *lobby*, e os não-nascidos são impotentes”. Nesse sentido, essencial agir, hoje, sob a luz dos princípios da precaução, da participação comunitária e do desenvolvimento sustentável, levando em consideração as necessidades das gerações futuras.

Para Hermitte e David (2004, p. 96), o sistema político “está diante da necessidade de reconstruir um mecanismo que permita avaliar os fatos científicos e técnicos para que a avaliação possa permitir uma decisão política conforme os padrões democráticos”. Para tanto, sustentam as autoras que “é preciso chegar ao ‘conteúdo decisório dos conhecimentos’, produzir os conhecimentos científicos com procedimentos que permitam o julgamento de terceiros”.

Como se percebe, não se prescinde da participação direta do povo ou da comunidade tanto em sede de macro decisões (plebiscito, referendo e iniciativa legislativa popular), quanto em processos decisórios de extensão setorial (decisões administrativas, condominiais, empresariais, por exemplo), na medida em que essas deliberações afetam, direta ou indiretamente, os indivíduos. (THOMÉ, 2015).

As questões ambientais, por sua própria natureza, extensão e gravidade, enquadram-se como tema da macro democracia (consulta popular ambiental, como se deu

na Itália e Suécia em relação à política nuclear) (MACHADO, 2004, p. 86) e da micro democracia (participação popular e social, sobretudo das ONGs, em audiências públicas e em ações coletivas ambientais). (SAMPAIO, 2003, p. 80).

No Brasil, o princípio da participação comunitária encontra-se previsto no artigo 225, *caput*, da Constituição de 1988, na disposição que prescreve ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A sociedade passa, então, a ser detentora de alguns mecanismos de participação direta na proteção da qualidade de vida e dos recursos naturais, instrumentos hábeis a assegurar a manutenção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado de que é titular. (THOMÉ, 2015).

A participação comunitária em matéria ambiental pode se materializar sob diversas maneiras, como nos processos de criação do direito ambiental (por meio da iniciativa popular nos procedimentos legislativos, por exemplo) e na atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público (por meio do ajuizamento de ação popular e ação civil pública ambiental). No presente trabalho, entretanto, será enfatizada a participação popular na formulação e na execução de políticas ambientais, por intermédio da atuação de cidadãos e representantes da sociedade civil em órgãos colegiados responsáveis pela formulação de diretrizes de políticas públicas e discussão de estudos de impacto ambiental em audiências públicas.

A participação da sociedade, nesses casos, tem a intenção de apresentar conhecimentos e percepções de cidadãos e grupos de interesse aos administradores públicos responsáveis por decisões sobre temas ambientais. Esse mecanismo de consulta vem sendo denominado pela doutrina de participação cidadã ou de cidadãos, participação ou envolvimento público. Os grupos de interesse podem ser representantes dos setores da indústria, mineração, comércio, infraestrutura, planejamento, saúde, conservação e preservação ambiental, entre outros. Imperioso reconhecer que a participação de diversos grupos de interesse amplia o debate e se mostra essencial para o curso de um procedimento administrativo ambiental justo e equilibrado.

Não se pode perder de perspectiva que a participação de representantes dos diversos setores da sociedade tem lugar a partir de um processo dialético cujo intuito é promover a compreensão do público sobre as características do empreendimento ou atividade que se deseja implantar e dos estudos ambientais elaborados com identificação e quantificação dos potenciais impactos significativos sobre os meios físico, biológico e socioeconômico. Além disso, impõe-se que todos os cidadãos disponham de condições de compreender os processos e mecanismos de análise das demandas econômicas e socioambientais, com as respectivas propostas de mitigação e compensação dos impactos negativos sobre o meio

ambiente e sejam devidamente informados sobre o estado atual e o desenvolvimento dos estudos, seus resultados e prováveis intercorrências.

Vale destacar, por outro lado, que as opiniões e percepções da sociedade, sobretudo daqueles indivíduos ou grupos que serão diretamente impactados, são relevantes para a definição de solução viável que considere seus interesses prioritários e estabeleça estratégias de gestão para o uso da área e de seus recursos naturais. Sob essa perspectiva, a participação ativa dos cidadãos ainda tem o condão de legitimar a decisão do Poder Público.

Nesse mesmo diapasão, a participação dos indivíduos deve envolver tanto a alimentação como a retroalimentação de informações. A alimentação é entendida como o processo pelo qual a informação sobre o empreendimento ou atividade e seus potenciais impactos é disponibilizada aos cidadãos e grupos de interesse. Por retroalimentação compreende-se o processo no qual as percepções da sociedade em relação aos impactos socioambientais do empreendimento são recebidas pelo Poder Público, instrumentalizadas em informações a serem efetivamente consideradas pelos tomadores de decisão.

As singularidades do programa de participação pública no processo de análise de avaliação de impacto ambiental impõem que os dados devam ser apresentados sinteticamente e adequados à razoável compreensão dos destinatários, com informações claras e objetivas. Desse modo, técnicas de diálogos com toda a comunidade, hábeis a oportunizar ativamente a participação de indivíduos e organizações interessadas, não podem ser olvidadas.

Mostra-se importante acentuar, nesse ponto, que o direito à participação pressupõe o direito de informação, pois há vínculo indissociável entre ambos. Neste passo, calha invocar a doutrina de Édís Milaré (2006, p. 163), ao apontar que “os cidadãos com acesso à informação têm melhores condições de atuar sobre a sociedade, de articular mais eficazmente desejos e ideias e de tomar parte ativa nas decisões que lhes interessam diretamente.”

Por conseguinte, desata a compreensão de que a efetiva implementação do Estado Democrático e Socioambiental de Direito exige o fortalecimento do princípio da obrigatoriedade de atuação estatal e do princípio democrático, com a participação da sociedade nas questões ambientais, compreendendo a ação conjunta do Estado e da coletividade na preservação dos recursos naturais. (THOMÉ, 2015).

### **3. A Participação Pública na Análise de Impacto Socioambiental como Instrumento de Implementação do Princípio Democrático**

O objetivo nuclear da participação pública é assegurar o exercício da cidadania e da democracia no processo de avaliação de impacto ambiental, momento em que os diversos

atores envolvidos e potencialmente afetados, direta ou indiretamente, por projeto ou atividade, devem ter amplo acesso às informações relacionadas ao seu impacto socioambiental, tanto positivos quanto negativos, para que possam externar sua opinião aos órgãos públicos competentes.

Canter (1977), ao analisar a importância da participação popular prevista no NEPA, destaca como objetivos mais relevantes: a) informação, educação e compreensão; b) identificação de problemas, necessidades e valores importantes; c) geração de ideias e resolução de problemas; d) reação e retroalimentação sobre as propostas; e) avaliação de alternativas e f) consenso e resolução de conflitos.

O primeiro objetivo identificado por Canter guarda relação com a educação dos cidadãos sobre o que é impacto ambiental e a importância da participação cidadã para a prática da democracia, além da divulgação de informações sobre o andamento do estudo e resultados, bem como dados sobre possíveis impactos ambientais.

A identificação de problemas, necessidades e valores importantes, por sua vez, atine à relevância dos recursos ambientais para diversos segmentos do público em uma região. Além disso, este objetivo estaria relacionado à definição de áreas com problemas e necessidades ambientais (CANTER, 1977).

O terceiro ponto anotado está direcionado à identificação de alternativas para solucionar as necessidades identificadas, como a implementação de medidas mitigadoras com o fito de eliminar ou diminuir os efeitos socioambientais adversos decorrentes do empreendimento.

O quarto objetivo estudado pelo pesquisador diz respeito à compreensão, pelo Poder Público, das percepções da comunidade sobre o projeto, seus impactos e possíveis soluções.

Já a avaliação de alternativas está estreitamente ligada à reação e retroalimentação no que tange ao fluxo das propostas, que pode conter informações valiosas relacionadas a nuances ambientais até então desconsideradas (CANTER, 1977).

O último objetivo realçado pelo pesquisador atine à resolução de conflitos existentes em relação à ação proposta. Pode ser instrumentalizado pela mediação das diferenças e conflitos entre os vários grupos de interesse, pelo desenvolvimento de mecanismos de compensação dos impactos ambientais não mitigáveis e pelo esforço para alcançar uma opinião de consenso, evitando litígios judiciais onerosos e, não raras vezes, desnecessários (CANTER, 1977).

Lembra Rodrigo Zouain da Silva (2012) que,

pautado na realidade social bem como no ordenamento jurídico, o Direito Ambiental tem como objetivo, por meio de critérios racionais e

pertinentes, estabelecer uma justiça social ambiental, respondendo às novas exigências do Direito Ambiental contemporâneo, promovendo um diálogo harmônico com ciências correlatas.

Esse esforço pelo consenso em relação aos impactos socioambientais negativos do empreendimento e suas respectivas medidas mitigadoras e compensatórias tem por fim legitimar uma decisão que reflita a justiça socioambiental para cada caso concreto.

Constata-se que atualmente os grandes empreendimentos, além de buscarem o cumprimento de todas as exigências estabelecidas pelos órgãos ambientais licenciadores, preocupam-se em adotar códigos de conduta com o intuito de evitar eventuais conflitos sociais. Assim, desenvolvem suas atividades visando não apenas a obtenção do consentimento estatal para exploração de atividade impactante (licenciamento ambiental), como também para a obtenção do que se convencionou denominar “licença social”. (DAIZY; DAS, 2013, p. 73).

#### **4. Identificação dos Vários Públicos para a Participação**

Investigar a participação da sociedade nos processos de avaliação de impacto ambiental pressupõe a identificação dos grupos envolvidos, com o consequente destaque dos atributos ínsitos a cada um deles. Para o NEPA, um primeiro grupo compõe-se por pessoas que são diretamente afetadas pelo projeto e vivem nas proximidades ou nas áreas possivelmente impactadas pelo projeto. Um segundo grupo é constituído por organizações para a proteção do meio ambiente que, geralmente, pretendem garantir que o desenvolvimento do projeto não promova um desequilíbrio nos ecossistemas. Os componentes desse grupo muitas vezes exigem a adoção de medidas que podem acarretar custos financeiros substanciais ou até mesmo inviabilizar a implantação do projeto.

Empreendedores, empresários, terceiros beneficiários da implantação do empreendimento e aspirantes aos futuros postos de trabalho formam o terceiro grupo. Observa-se também a participação de grupo formado por agentes governamentais interessados no fomento de investimentos para suas regiões de influência, na expectativa de geração de renda e dinamização da economia.

Existem ainda grupos com interesses diversificados, como os responsáveis por pesquisa acadêmica, ou aqueles compostos por indivíduos com interesses exclusivamente pessoais e, muitas vezes pontuais, nem sempre legítimos, como especuladores imobiliários e lobistas.

Nos Estados Unidos, no caso de projetos com intervenção nos recursos hídricos, a organização denominada Corpo de Engenheiros propõe a consideração dos seguintes públicos: a) os cidadãos individuais, que expressam suas preferências individualmente,

e não participam de quaisquer grupos ou organizações; b) grupos desportivos; c) grupos ambientalistas; d) organizações de proprietários rurais; e) associações de Comércio e Indústria; f) associações de profissionais, tais como o Instituto Americano de Planejadores, Sociedade Americana de Engenheiros Civis e outros; g) instituições de ensino, incluindo universidades, escolas secundárias e escolas profissionais; h) clubes de serviços e organizações cívicas, incluindo clubes de serviços, como Rotary Club, Lions Club, entre outros; i) sindicatos; j) agências governamentais estaduais e locais, incluindo as comissões, conselhos de planejamento de agências governamentais e individuais; k) políticos eleitos estaduais e locais; l) as agências federais; m) outros grupos e organizações urbanos, grupos de oportunidade econômica, clubes e associações políticas, grupos minoritários e grupos religiosos; o) meios de comunicação, incluindo o pessoal de jornais, rádio e televisão.

A Diretiva 337, de 1985, da Comunidade Europeia estabeleceu a necessidade de participação pública no processo de tomada de decisão para os projetos de impactos significativos no meio ambiente, sujeitos à avaliação de impacto ambiental, e a previsão de disponibilizar ao público interessado as informações concernentes aos demais projetos sujeitos a outras formas de avaliação, inclusive as informações relativas à isenção e aos motivos para a concessão da licença. A Diretiva 35, de 26 de maio de 2003, alterou as Diretivas 337/85 e 61/96, estendendo essa obrigação, além do acesso à justiça, também para planos e programas com potenciais impactos ao meio ambiente.

Essas diretivas consideram dois tipos de público: o primeiro, mais amplo, composto por indivíduos ou organizações e associações legalmente constituídas. O segundo, denominado público interessado, composto por pessoas ou grupos diretamente afetados e organizações não governamentais que tenham como finalidade a proteção do meio ambiente e cumpram os requisitos previstos em legislação nacional.

No Brasil, a Resolução CONAMA 01/86, que dispõe sobre a participação pública para discussão sobre o projeto e seus impactos ambientais considera, além dos órgãos da Administração, apenas um tipo de público.

Artigo 11 - Respeitado o sigilo industrial, assim solicitando e demonstrando pelo interessado o RIMA será acessível ao público. Suas cópias permanecerão à disposição dos interessados, nos centros de documentação ou bibliotecas do IBAMA e do estadual de controle ambiental correspondente, inclusive o período de análise técnica.

§ 1º - Os órgãos públicos que manifestarem interesse, ou tiverem relação direta com o projeto, receberão cópia do RIMA, para conhecimento e manifestação,

§ 2º - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA, o órgão estadual competente ou o IBAMA ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos

comentários a serem feitos **pelos órgãos públicos e demais interessados** (grifo nosso) e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA. (CONAMA).

Observa-se, todavia, que a solicitação de realização de audiências públicas, único espaço previsto no ordenamento jurídico brasileiro para a participação dos indivíduos, pressupõe prévio enquadramento no rol de legitimados a fazê-lo. A Resolução CONAMA nº 9, de 03 de dezembro de 1987, que estabeleceu os procedimentos para as audiências públicas sobre os relatórios de impacto ambiental (RIMA), identificou como grupos de interesse competentes para sua solicitação (art. 2º) entidades civis, Ministério Público e grupos de cinquenta ou mais cidadãos.

Art. 1º - A Audiência Pública referida na RESOLUÇÃO CONAMA n.º 001/86, tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.

Art. 2º - Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública.

§ 1º - O Órgão de Meio Ambiente, a partir da data do recebimento do RIMA, fixará em edital e anunciará pela imprensa local a abertura do prazo que será no mínimo de 45 dias para solicitação de audiência pública.

§ 2º - No caso de haver solicitação de audiência pública e na hipótese do Órgão Estadual não realizá-la, a licença concedida não terá validade.

§ 3º - Após este prazo, a convocação será feita pelo Órgão Licenciador, através de correspondência registrada aos solicitantes e da divulgação em órgãos da imprensa local.

§ 4º - A audiência pública deverá ocorrer em local acessível aos interessados.

§ 5º - Em função da localização geográfica dos solicitantes, e da complexidade do tema, poderá haver mais de uma audiência pública sobre o mesmo projeto de respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA.

Art. 3º - A audiência pública será dirigida pelo representante do Órgão licenciador que, após a exposição objetiva do projeto e do seu respectivo RIMA, abrirá as discussões com os interessados presentes.

Art. 4º - Ao final de cada audiência pública será lavrada uma ata suscinta

Parágrafo Único - Serão anexadas à ata, todos os documentos escritos e assinados que forem entregues ao presidente dos trabalhos durante a seção.

Art. 5º - A ata da(s) audiência(s) pública(s) e seus anexos, servirão de base, juntamente com o RIMA, para a análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto. (CONAMA 09/87)

Normas administrativas estaduais também especificam mecanismos de participação em matéria ambiental, a exemplo da Deliberação Normativa do Conselho Estadual de Política Ambiental - COPAM nº 12, de 13 de dezembro de 1994, do Estado de Minas Gerais, que dispõe detalhadamente sobre a convocação e realização de audiências públicas, apresentando os procedimentos e os grupos de interesse legitimados a participar, nos termos seguintes:

Art. 1º - Audiência Pública é a reunião destinada a expor à comunidade as informações sobre obra ou atividade potencialmente causadora de significativo impacto ambiental e o respectivo Estudo de Impacto Ambiental - EIA, dirimindo dúvidas e recolhendo as críticas e sugestões a respeito para subsidiar a decisão quanto ao seu licenciamento.

Parágrafo único - O COPAM poderá determinar Audiências Públicas para analisar planos, programas, atividades e empreendimentos que prescindam de EIA e RIMA e que possam estar causando ou vir a causar significativa degradação ambiental, indicando na convocação as informações indispensáveis para subsidiar a audiência.

Art. 2º - As Audiências são eventos públicos, que permitem a presença de qualquer pessoa ou entidade interessada no assunto objeto de discussão.

Art. 3º - A realização de Audiência Pública será promovida pelo Secretário Executivo do COPAM, sempre que julgar necessário, ou por determinação do Presidente do Conselho, do Plenário ou de Câmara Especializada, bem como por solicitação:

I - do Poder Público Estadual ou Municipal, do Estado de Minas Gerais;

II - do Ministério Público Federal ou do Estado de Minas Gerais;

III - de entidade civil sem fins lucrativos, constituída há mais de um ano e que tenha por finalidade social a defesa de interesse econômico, social, cultural ou ambiental, que possa ser afetado pela obra ou atividade objeto do respectivo EIA e RIMA.

IV - de grupo de 50 (cinquenta) ou mais cidadãos que tenham legítimo interesse que possa ser afetado pela obra ou atividade, com indicação de representante no respectivo requerimento.

§ 1º - A Secretaria Executiva do COPAM, a partir da data do recebimento do EIA e RIMA, fixará em edital e anunciará pela imprensa a abertura do prazo para solicitação de Audiência Pública, que será de no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 2º - A convocação das Audiências Públicas será feita através de jornal de grande circulação no Estado de Minas Gerais, de periódico local ou

regional e do Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis.

§ 3º - As Audiências Públicas serão realizadas sempre no município de localização ou da área de influência da obra, atividade, plano ou programa, tendo prioridade para escolha o município onde os impactos ambientais forem mais significativos.

§ 4º - Se a área de influência da obra ou atividade abranger dois ou mais municípios, o Secretário Executivo do COPAM, poderá convocar mais de uma Audiência Pública, podendo realizá-la também na Capital do Estado.

§ 5º - Serão determinadas pelo Secretário Executivo do COPAM o local, com condições adequadas de infraestrutura e de acesso público, que resguarde a independência da reunião, bem como horário e demais providências para realização das Audiências Públicas.

§ 6º - Constarão do edital de convocação da Audiência Pública pelo menos, as seguintes informações:

I - Localização do empreendimento ou atividade;

II - Nome do Empreendedor;

III - Disponibilidade do RIMA (datas, horários e local);

IV - Data, horário e local de realização da Audiência Pública.

Art. 4º - As Audiências Públicas de empreendimentos ou atividades sujeitas a EIA e RIMA serão realizadas durante o processo de análise e tramitação do Estudo de Impacto Ambiental na Fundação Estadual do Meio Ambiente, antes da apresentação às Câmaras do COPAM do Parecer Técnico por ela elaborado.

(...)

Art. 7º - Serão convocados, para manifestação na Audiência Pública, o empreendedor e o coordenador da equipe multidisciplinar responsável pela elaboração do EIA e RIMA, assessorados pelos técnicos necessários ao completo esclarecimento da questão.

Parágrafo único - No caso das Audiências Públicas previstas no Art. 1º, Parágrafo único, desta Deliberação, serão convidadas as entidades responsáveis pelo assunto em exame.

(...)

Art. 11 - O empreendedor deverá, no município em que e realizar a Audiência Pública, colocar o RIMA a disposição de todos os interessados, durante o período mínimo de quinze dias úteis anteriores à realização da Audiência.

Parágrafo Único - Deverá ser dada prévia e ampla publicidade a respeito do fato determinado no caput deste artigo.

Art. 12 - Durante a audiência pública será mantido no recinto, para livre consulta dos presentes, pelo menos um exemplar do EIA e RIMA.

Art. 13 - As despesas que se fizerem necessárias, com a realização da Audiência Pública, serão custeadas pelo empreendedor.

Se, por um lado, critica-se o limitado rol de legitimados para solicitar a audiência pública ambiental, por outro é louvável a iniciativa do Poder Público de assegurar, em norma ambiental, a possibilidade de participação da sociedade nessa etapa do licenciamento ambiental. Importa lembrar que, uma vez requerida pelos legitimados, a audiência pública torna-se etapa obrigatória do procedimento de licenciamento ambiental. Desse modo, não realizada a oitiva pública, a licença ambiental será considerada inválida.

## **5. Necessidade de Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Informação do Público**

Na legislação internacional, a exemplo da NEPA e Diretivas Europeias, há previsão para que a informação à sociedade atinente aos impactos socioambientais de empreendimentos se dê por intermédio de avisos públicos (como através de comunicados em placas afixadas em locais de visibilidade na área do projeto), na mídia escrita falada e televisada (anúncios em jornais, por exemplo) e na rede internacional de computadores. Esses informes aos indivíduos devem acompanhar os principais relatórios e pareceres que instruem os processos de avaliação de impacto ambiental, oportunizando-se aos grupos de interesse a possibilidade de elaboração de questionamentos e solicitações de complementação das análises já realizadas.

Vale destacar que, nos termos das diretivas europeias, os Estados membros devem definir prazos razoáveis para que os interessados efetivamente participem do procedimento de tomada de decisões referentes à qualidade do meio ambiente.

Na União Europeia, a participação pública também é garantida a um Estado que possa ser afetado por impactos significativos de planos, programas e projetos de outro Estado membro, assegurando-se o acesso a todas as informações sobre os possíveis efeitos transfronteiriços.

Os resultados das consultas nas diversas modalidades de participação pública devem sempre ser considerados na tomada de decisão sobre a aprovação dos planos, programas e projetos, como prevê a Diretiva 35/2003. Ademais, é obrigatório conferir publicidade às decisões em matéria ambiental, que devem abordar as razões em que se baseiam, as suas respectivas condições, as medidas para evitar, mitigar ou compensar os impactos negativos da atividade, as opiniões externadas pelo público interessado em relação ao impacto ambiental da atividade, além das demais informações relativas à condução do procedimento de participação pública.

Os Estados membros da União Europeia devem assegurar, em suas legislações internas, que os interessados tenham acesso aos tribunais para impugnar atos, decisões ou omissões relativos à participação pública no processo de avaliação de impacto ambiental, sem prejuízo da possibilidade de interposição de recurso preliminar na esfera administrativa.

O ordenamento jurídico do Brasil, por sua vez, é tímido ao positivizar instrumentos de informação e participação relacionados à avaliação de impactos ao meio ambiente. No âmbito de competência federal, a Resolução CONAMA 09/87 determina que o órgão ambiental licenciador anuncie o recebimento de avaliação de impacto ambiental de projetos e fixe, em edital, prazo para o requerimento de audiência pública. Havendo solicitação, o órgão licenciador deve proceder à efetiva convocação do interessado, com divulgação na imprensa local.

Observa-se, no Brasil, que alguns estados da federação, a exemplo de Minas Gerais, impõem obrigação complementares no que concerne à informação ao público. A Deliberação Normativa do Conselho Estadual de Política Ambiental - COPAM nº 12, de 1994, do Estado de Minas Gerais, prevê o dever do empreendedor de divulgar a realização das audiências públicas não somente em órgãos de imprensa local, como também regional.

Ainda assim, constata-se a carência de mecanismos de interlocução entre a sociedade brasileira e o empreendedor sobre os impactos socioambientais das atividades potencialmente degradadoras. Vale lembrar que o dever de informação não pode ser meramente formal, mas, ao reverso, deve possibilitar diálogo hábil a, efetiva e materialmente, influir na decisão da autoridade ambiental.

## **6. Análise Crítica da Participação Pública**

Como se percebe, a luzes claras, a participação ativa dos indivíduos no processo de investigação da avaliação de impactos ambientais tem o condão de legitimar a decisão do administrador público, na medida em que as pessoas diretamente afetadas pela atividade investigada encontram-se representadas em toda a extensão da avaliação ambiental, alcançando esse processo de investigação de impactos ao meio ambiente à categoria de mecanismo imprescindível ao Estado Democrático e Socioambiental de Direito. Perspectivas de diversos grupos de interesse fornecem elementos úteis para subsidiar a tomada de decisões, especialmente quando alguns valores ou fatores não podem ser facilmente quantificados.

Ademais, o processo de participação pública contribui para reforçar a credibilidade da atuação dos órgãos governamentais, especialmente no que se refere à tomada de decisão. Não remanescem dúvidas de que a análise da avaliação de impacto ambiental legitima-se com a participação dos interessados e diretamente afetados com a implantação do projeto.

Por outro lado, os mecanismos de participação popular nas decisões dos gestores em matéria ambiental não se encontram isentos de críticas. Argumentos contrários ao alargamento de legitimados a atuar no processo de investigação de impactos ambientais estruturam-se na inevitável pressão exercida pelos interessados sobre os administradores responsáveis pela tomada de decisão. Não se pode perder de perspectiva, ainda, que as sucessivas aberturas de prazos e os elevados custos relacionados à participação popular tornam esses procedimentos burocráticos e dispendiosos ao Poder Público. Além disso, há o risco de demandas oportunistas, desvinculadas do objeto do projeto e de seus impactos ambientais que, inseridas no debate, dificultam e retardam a decisão por parte do órgão ambiental competente. Impõe-se destacar, neste ponto, que alguns interessados acabam por se desincumbir do seu poder-dever de tomar a devida ciência dos dados sobre o projeto que lhe são disponibilizados, interferindo negativamente no andamento das audiências públicas em razão da desnecessária prorrogação de atos que integram o procedimento.

Importa acentuar, ainda, singularidades ínsitas a países em desenvolvimento. No Brasil, o déficit social existente, não raras vezes, tem o condão de desvirtuar os procedimentos administrativos ambientais, situação usual, por exemplo, no momento da definição, pelo Poder Público, das medidas compensatórias como condicionantes no licenciamento ambiental do empreendimento. A participação popular, nesses casos, sinaliza por direcionar a compensação pelo impacto negativo do empreendimento para a adoção, pelo empreendedor, de melhorias nos setores de infraestrutura urbana, saneamento, educação e saúde. Essas medidas nem sempre se apresentam as mais indicadas para efetivamente compensar os impactos sobre o meio ambiente natural e, muitas vezes, incumbem ao próprio Estado e não ao responsável pelo empreendimento.

## 7. Técnicas de Participação Pública

Os programas de participação pública implementam-se a partir de diversas técnicas de alimentação e retroalimentação de informações. A audiência pública constitui o meio mais tradicional de participação pública, adotada com frequência por diversos modelos internacionais analisados. A audiência pública consubstancia uma reunião formal na qual é franqueada a participação de indivíduos e grupos de classe, que se comunicam oral ou por escrito, com registro em ata.

Além da audiência pública, existem outras técnicas que viabilizam a participação de interessados na avaliação de impactos ambientais: apresentações na fase de planejamento, elaboração participativa de termos de referência, sessões informais para informação pública, oficinas relativas ao projeto, seminários, visitas de campo, material de divulgação sobre o projeto e suas implicações no meio ambiente, definição de medidas mitigadoras e compensatória, dentre outras.

No que atine a exemplo bem sucedido de participação pública, releva mencionar o programa realizado conjuntamente pelos estados de Oklahoma e Kansas, na bacia do rio Arkansas. Este programa consistiu na realização de sete sessões de informação pública e treze oficinas específicas relacionadas ao projeto. Estas vinte reuniões foram realizadas em várias cidades e vilas da bacia. Em apertada síntese, podem ser enumerados os seguintes resultados: a) As vinte reuniões contaram com um total de 1.600 participantes. b) Os participantes não foram apenas os residentes das sedes das reuniões. Mais de quarenta por cento percorreram distâncias superiores a dez milhas, a partir das cidades de encontro. Assim, as pessoas foram atraídas de todas as partes da bacia. c) As perguntas e respostas em cada reunião foram caracterizadas pela participação ativa de muitos participantes. d) Os questionários de opinião sobre vários aspectos do estudo foram recebidos de mais de setenta por cento dos participantes. e) A análise dos resultados do questionário indicou que a maioria dos participantes considerou as reuniões muito produtivas. (CANTER, 1977).

Um dos aspectos que foi considerado a chave para o sucesso do referido programa norte-americano foi a parceria instaurada entre empreendedores e patrocinadores locais nos esforços para a promoção e realização dessas vinte reuniões. Cada reunião consistiu em uma apresentação de slides, seguida de sessão informal com questionamentos e respostas, quando foram envidados todos os esforços para fornecer as informações de interesse para o público. Além disso, foi entregue a cada participante material informativo sobre o projeto, seus impactos sobre o ambiente, e as respectivas medidas mitigadoras e compensatórias.

O programa de participação pública executado na bacia do rio Arkansas empregou diversas modalidades de técnicas de participação popular, viabilizando, em observância ao postulado do princípio democrático em matéria ambiental, a efetiva participação de representantes da sociedade civil. O Poder Público, nesse caso, promoveu a utilização de técnicas hábeis a possibilitar ativa participação pública antes de decidir em matéria ambiental, exemplo que deve ser seguido por outros programas de participação popular.

## 8. Conclusões

As normas brasileiras (Resoluções CONAMA 01/1986, 09/1987 e 237/97) que regulamentam o processo de avaliação de impacto ambiental seguiram os modelos estabelecidos nos Estados Unidos (NEPA, 1969) e nas Diretivas Europeias (CE 337/1985, 61/1996 e 35/2003). Nada obstante o Brasil ter importado os moldes mencionados, importa observar que, no ponto atinente à etapa prevista para se oportunizar participação da sociedade civil, há diferenças relevantes. A legislação brasileira restringe a participação dos indivíduos na medida em que as audiências públicas estão previstas apenas na fase final do procedimento, quando a convicção do administrador público já se encontra em fase

conclusiva de formação. Nesse momento, as percepções externas pouco podem influenciar na decisão do gestor.

Não basta oportunizar à sociedade civil a participação formal no processo de avaliação de impactos ambientais. A previsão desse instituto de participação democrática na legislação brasileira, nos moldes atuais, não assegura a atuação efetiva dos indivíduos. Convocar os interessados a participar do processo de avaliação de impactos ao meio ambiente apenas na sua etapa final não tem o condão de obstar decisões pré-estabelecidas no curso dos atos procedimentais.

A experiência brasileira não adota a prática de elaboração de um programa de participação pública que permeie todo o procedimento administrativo. O processo tem início à revelia dos públicos interessados, que sequer são identificados e convocados a participar dessa fase do processo de avaliação de impactos ambientais. Essa etapa preambular abrange a definição do escopo dos estudos ambientais a serem desenvolvidos, o acompanhamento do seu desenvolvimento, a implantação do projeto e o monitoramento do seu funcionamento, atos que não deveriam ser instaurados sem a necessária identificação e convocação da sociedade civil interessada na decisão ambiental final, sob pena de se fazer tábula rasa do postulado da participação democrática no Estado Socioambiental de Direito.

Outro viés da participação popular no processo de avaliação de impactos ambientais que carece de ajuste concerne aos critérios adotados no Brasil para a sua consecução. Na realidade, não existem critérios objetivos para a investigação de impactos ambientais. Esse processo é marcado pela ausência de especificação de aspectos positivos e negativos do empreendimento. Os referidos dados tornariam mais efetiva a participação pública durante todas as fases do projeto, pois a apresentação de tais elementos mostra-se fundamental para a construção de um real processo participativo de cidadania e democracia.

A materialização da participação popular nesse processo poderia ser alcançada, por exemplo, com a exigência de disponibilização, pelo empreendedor, de mais de uma alternativa viável para implantação do projeto, com as suas respectivas informações e esclarecimentos sobre os impactos positivos e negativos, além da apresentação das medidas mitigadoras e compensatórias. O uso futuro da área afetada igualmente deve ser objeto de proposições pelo empreendedor para oportunizar aos interessados participação ativa na decisão do Poder Público.

Conforme acentuado, a prática já difundida em território nacional de apresentar apenas a alternativa de projeto proposta pelo empreendedor desvirtua a participação popular, já restrita às audiências públicas, a um mero balcão de barganha de interesses, nem sempre legítimos, motivo pelo qual vêm sendo alvo de incisivas críticas, além de desqualificar essa tradicional técnica de participação popular em matéria ambiental.

Como se percebe, para que a participação pública seja considerada um exercício efetivo de cidadania e democracia no Brasil mostra-se premente uma revisão dos mecanismos legais de participação atrelados à audiência pública ambiental. O modelo atual de participação pública na avaliação de impactos ambientais não atende à complexidade que permeia o instituto.

A dimensão material da participação democrática pressupõe poder de influência na decisão. A oitiva dos interessados deve ser considerada pela autoridade julgadora, que somente pode ser convencida pelas percepções externas quando são ofertados meios idôneos e tempestivos para a formação de sua convicção.

## 9. Referências

- ALLES, Delphine. **Le principe de precaution et la philosophie du droit - Evolution certaine, revolution en puissance**. Grenoble: Université Pierre Mendès-France - Institut d'Etude Politique de Grenoble. 2011.
- BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BOTHE, Michael. Le droit à la protection de l'environnement en droit constitutionnel allemand. **Revue Juridique de l'Environnement**. 1994. v. 4. p. 313-318.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O direito ao ambiente como direito subjectivo**. A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- CANTER, Larry W. **Environmental Impact Assessment**. New York, USA: McGraw-Hill Book Company, 1977.
- DAYZY, Daizy; DAS, Niladri. **Sustainable development for Indian mining sector** (January 22, 2014), OIDA International Journal of Sustainable Development, Vol. 06, n. 07, pp. 71-82, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=23833433>>
- EUROPA. Corte Europea de Derechos Humanos. **Affaire Matthews c. Royaume-Uni** (Requête 24833/94), 18 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://zip.net/bsnz9c>>. Acesso em 02 jun. 2014.
- FRANÇA. Assembleia Nacional. **Rapport de la Commission de Lois Constitutionnelles relatif à la Charte de l'environnement**. Paris: Assemblée Nationale, 2004. Disponível em: <<http://bit.ly/U36lwi>>. Acesso em 29 mai. 2014.
- HERMITTE, Angèle; DAVID, Virginie. **Avaliação dos riscos e princípio da precaução**. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 93-155.

- JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica; tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 4ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- PRIEUR, Michel. **L'environnement entre dans la Constitution**. Droit de l'Environnement, n. 106. Paris, 2003. p. 38-42.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SILVA, Rodrigo Zouain da. **Os desafios do direito ambiental no limiar do século XXI diante da ineficácia do sistema jurídico ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Revista Veredas do Direito, v.9, n.18, p.57-87, julho/dezembro de 2012.
- SANCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. São Paulo: Oficina de Textos, 2008.
- THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. Salvador: Juspodivm, 2015.

# A QUESTÃO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL AMBIENTAL: DELINEANDO UM ELEMENTO OTIMIZADOR

JÔNICA MARQUES COURA ARAGÃO

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais, Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), Buenos Aires-Argentina. Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente, Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Paraíba-Brasil. Aluna do Doutorado em Recursos Naturais, Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Paraíba-Brasil. Professora Adjunto I do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) e-mail: jonicamca@ufcg.edu.br/jonicamca@gmail.com

## Resumo

A questão ambiental traduz-se como um problema transnacional que acompanha a história da humanidade e, a despeito da visível evolução científica e tecnológica, demonstra-se sempre mais agravada. Não obstante pretendam os postulados desenvolvimentistas interpretar o meio ambiente como fonte de admirável resiliência, observa-se que resta provada a fragilidade existencial da biosfera, cabendo à humanidade o dever de preservar o ambiente para a atual e as futuras gerações. Diante dessa responsabilidade, a Justiça é a instituição designada para fazer cumprir o que a norma ambiental (nacional ou supranacional) define como conduta obrigatória, devendo conferir especial atenção às previsões de crime, vez que são essas as condutas mais gravosas ao objeto jurídico protegido, contudo, esta não é uma atividade simples. O direito penal ambiental é polêmico, enfrenta variáveis delicadas, assim como o processo penal ambiental, pois se trata de processo penal incomum; consiste em espécie do gênero processo penal difuso/coletivo, por isso, tem-se como objetivo geral analisar a possibilidade jurídica de inserção de um elemento otimizador no bojo do processo penal ambiental, capaz de lhe conferir a efetividade almejada. Assim, esta pesquisa é de natureza explicativa e, para tanto, emprega os métodos sistêmico e hipotético-dedutivo. Observa-se a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica para realizar uma abordagem jurídica do recorte espaço-temporal do objeto da pesquisa, ou seja, o sistema penal ambiental brasileiro sob o pálio da Constituição Federal de 1998. Por essa perspectiva, observa-se que para equacionar a questão penal ambiental, para além da perspectiva jurídico-legal, subsiste a necessidade da participação da cidadania ética no bojo do processo, como via legítima para se implementar justiça penal, ambiental e social; tal propósito é bastante para alterar a própria representação da relação processual, formal e materialmente, e tem como pressuposto lógico os postulados do Estado Democrático de Direito.

## Palavras-chave

Crime ambiental; Proteção jurídica ao ambiente; Responsabilidade cidadã.

## Resumen

La cuestión ambiental traduce como un problema transnacional que acompaña la historia de la humanidad demostrándose, a despecho de la visible evolución científica y tecnológica, siempre más agravada. No obstante pretendan los postulados progresistas interpretar el medio ambiente como fuente de admirable capacidad de recuperación, observase que resta probada la fragilidad existencial de la biosfera, cabiendo a la humanidad el deber de preservar el ambiente para la actual y las futuras generaciones. Delante de esa responsabilidad, la Justicia es la institución designada para hacer cumplir lo que la norma ambiental (nacional o supranacional) define como conducta obligatoria; debiendo conferir especial atención a las previsiones de crimen, a la vez que son esas las conductas más agravantes al objeto jurídico protegido. Con todo, esta no es una actividad simple; el derecho penal ambiental es polémico, enfrenta variables delicadas; así como el proceso penal ambiental. Se trata de proceso penal poco común. Consiste en una especie del género proceso penal difuso/colectivo. Se muestra el objetivo general: analizar la posibilidad jurídica de la inserción de un elemento optimizador para que haya efectividad en ese sistema procesal penal. Así la investigación que se desenvuelve es de naturaleza explicativa, con la pretensión de identificar la existencia de relaciones entre las variables pertinentes al tema investigado y, además de eso, determinar la naturaleza de esa relación; para tanto emplea los métodos: sistémico y también lo hipotético-deductivo. Se observa la utilización de la técnica de investigación bibliográfica para realizar un abordaje jurídico del recorte espacio-temporal del objeto de la investigación, cual sea, el sistema penal ambiental brasileño planteado en la Constitución Federal de 1998. Por esa perspectiva se observa que para solucionar la cuestión penal/ambiental, para allá de la perspectiva jurídico-legal, subsiste la necesidad de la participación de la ciudadanía ética en el ápice del proceso, como vía legítima para implementarse justicia penal, ambiental y social; tal propósito es bastante para alterar a propia representación de la relación procesal, formal y materialmente tiendo como presupuesto lógico la base común representada por todo Estado Democrático de Derecho.

## Palabras clave

Crimen ambiental; Protección jurídica al ambiente; Responsabilidad ciudadana.

## 1. Introdução

O ser humano como ser racional que sabe e tem consciência desse saber, é totalmente responsável por sua conduta, quase sempre destrutiva e inconsequente, no que diz

respeito às questões ambientais. Na atual cultura predatória, o homem pratica, sem maiores preocupações, atos de destruição contra o meio ambiente, incidindo, assim, em condutas gravosas não raro qualificadas como crime nos respectivos ordenamentos jurídicos.

Observa-se que tanto maior e mais grave a ofensa penal ambiental maior se revela a burocracia e o tecnicismo do sistema jurídico-processual, que, quase sempre, em razão desses aspectos, acaba por beneficiar o infrator em detrimento do objeto jurídico a ser protegido, qual seja o meio ambiente.

A visão antropocêntrica e o despreparo técnico e científico dos juristas ao tratar das questões ambientais, a insuficiência de conhecimento ambiental específico e a ausência permissiva por parte do cidadão ao investigar e punir crimes ambientais são constatações que implicam em grave lacuna no estado de conhecimento atual da área-problema, justificando, assim, a motivação à escolha do relevante tema, tanto à academia como à sociedade e ao Estado.

Por essa razão, a pesquisa a ser realizada se propõe a investigar o sistema processual penal ambiental em seu aspecto qualitativo, sobretudo quanto à participação direta do cidadão na dinâmica processual desse sistema, pretendendo, ao final, responder à seguinte problematização: Estaria o sistema processual penal ambiental, tal como se apresenta, atingindo sua finalidade de proteção ao meio ambiente? Como hipótese, apontar-se-á que não; face à ausência de comprometimento ou conhecimento específico por parte dos sujeitos processuais envolvidos.

Desse modo, apontar-se-á como objetivo geral da pesquisa, analisar a possibilidade jurídica da participação direta do cidadão no bojo da relação processual, como instrumento otimizador da efetividade do processo penal ambiental.

Como objetivo específico o propósito de investigar a importância da proteção penal ambiental em tempos de sociedade do risco e de modernidade reflexiva, com suporte teórico nos postulados do minimalismo e do garantismo penal.

Também consistirá objetivo específico a ideia de estratificar a dinâmica do direito processual penal clássico, verificando a eficiência desse sistema, no que diz respeito à proteção do bem jurídico protegido pela legislação penal ambiental, submetendo-o ao contraponto da presença de um traço especializante, com embasamento na interpretação aberta, plural e democrática do sistema penal ambiental, para verificar a viabilidade jurídica de um processo penal ambiental mais efetivo.

Propõe-se, assim, o desenvolvimento de uma pesquisa explicativa, com a pretensão de identificar a existência de relações entre as variáveis correlatas ao tema investigado e determinar a natureza dessa relação. Para tanto, serão empregados os métodos sistêmico e hipotético-dedutivo.

Somente sob uma perspectiva sistêmica o objeto da pesquisa poderá ser estudado, face ao conjunto de elementos em que se constitui o sistema jurídico, cuja análise se deterá na dinâmica que o sustenta, sob o enfoque, inicial, de um sistema fechado, autopoiético.

Acrescentar-se-á nesse ponto, como viés de interação e ponto de abertura do sistema, o postulado de um *agir comunicativo*, estabelecido entre o sistema jurídico- penal e o sistema social, pelos sujeitos que os compõem, ao estabelecerem um diálogo democrático em busca da efetividade de ambos os sistemas.

Para tanto, será empregado o método hipotético-dedutivo a partir da adoção da hipótese extraída do contexto teórico para inserção do elemento inovador no bojo do processo penal ambiental, objeto da pesquisa, a título de conjectura formulada, por consistir em hipótese à problematização que a pesquisa se propõe a investigar.

Compreende-se, contudo, que necessário se fará a submissão da conjectura a um rigoroso processo de falseamento. Tal proceder será contínuo em todo o desenvolvimento da pesquisa e, ainda assim, sabe-se que não restará exaurido ao final do trabalho, pois esse método subsiste do processo de teorias e refutações – em processo evolutivo constante.

Para desenvolver a pesquisa será utilizada a técnica bibliográfica, objetivando realizar uma abordagem jurídico-legal e social acerca do recorte espaço-temporal onde está inserido o problema da pesquisa, ou seja, o sistema penal ambiental em Estados Democráticos como o Brasil, em tempos de sociedade do risco. Tal procedimento se verificará de modo a que se realize uma análise sistêmica a partir de uma conjectura apresentada como elemento de inovação no processo penal ambiental.

Por essa perspectiva, observa-se que, para equacionar a questão penal ambiental, para além da perspectiva jurídico-legal, subsiste a necessidade da participação direta do cidadão no bojo do processo, como via legítima para se implementar justiça penal, ambiental e social sob o influxo de moderado funcionalismo teleológico. Por fim, acrescente-se que será demonstrado que esse constructo teórico norteia o novo padrão de democracia, não mais centrada na figura do Estado; antes visando chamar ao centro os cidadãos; para que participem ativamente dos processos penais ambientais, como autêntico elemento legitimante do Estado Democrático de Direito.

## 2. O Sistema Penal Ambiental e as suas Especificidades

Pretendendo construir “um raciocínio amparado em revisão bibliográfica rigorosa”, consoante orientam Mezzaroba e Monteiro (2005), compreendeu-se necessário começar a análise da problemática proposta para a pesquisa, fazendo a investigação a partir do sistema penal ambiental com as suas especificidades, considerando que é precisamente nesse ponto, que os encaminhamentos para solução do problema, tal como se apresenta hodiernamente, se demonstram equivocados.

Em tempos de pós-modernidade a sociedade apresenta-se totalmente envolvida no cenário de alterações paradigmáticas; reflexiva tanto no cenário natural, quanto no cenário social dos interesses humanos; desde os mais rotineiros, aos mais improváveis. O processo de crise no mundo hodierno é patente, bem assim, as muitas consequências advindas deste cenário. Diante de tantas mudanças, o Direito Penal também se altera substancialmente, seguindo a urgência do momento, munícia os seus institutos no destacamento preventivo, mais ainda, antecipando-se à ofensa a ser perpetrada, verdadeiro momento de expansão penal.

Assim ocorre principalmente por força do caráter reflexivo do risco apresentado na conduta ou ante a iminência dela. Para esclarecer, dispõe Bottini (2007, p. 87) nos seguintes termos: “A expansão do direito penal não seria tão voraz e repentina, se caso contrário não existisse o caráter reflexivo dos novos riscos, seria ao contrário lenta e gradual”. Mais adiante, o mesmo autor indica os instrumentos adotados pelo Direito Penal para o enfrentamento do novo e arrebatador contexto fático social:

A complexidade que envolve os novos riscos exige do direito penal maior agilidade para a identificação de perigos potenciais, e esta agilidade estará vinculada ao desenvolvimento de regras complementares aos tipos básicos, produzidas por outras esferas de regulamentação. A utilização das *normas penais em branco* não é novidade no ordenamento jurídico penal, mas a frequência e a forma com que esta técnica é empregada deve ser objeto de atenção, especialmente no que concerne à observância de princípios basilares do direito penal de um Estado Democrático de Direito.

[...]

A criminalização de condutas por meio desta técnica (*delito de perigo abstracto*) visa a antecipação da incidência da norma, para afetar condutas antes da verificação de qualquer resultado lesivo. (BOTTINI, 2007, p. 94-95).

Em verdade a alteração verificada no âmbito penal, em franco movimento expansionista, consoante destacado por Roxin (2004), em outras palavras, afigura-se como um mal necessário ao cenário pós-moderno. Corroborando com essa constatação, está o deslocamento do bem jurídico-penal, antes centrado no indivíduo, agora repousando, preferencialmente, segundo o novo catálogo, em bens de caráter difuso, a exemplo do meio ambiente.

Por outro lado, ponderando quanto aos efeitos desse processo de hiper-regulamentação penal, dispõe Wacquant (2001, p.80) que “A atrofia deliberada do Estado social corresponde à hipertrofia distópica do Estado penal: a miséria e a extinção de um tem como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro”.

Observa-se uma grande aclamação na sociedade globalizada pela performance penal na tentativa de solucionar os problemas que, mediante a atuação ou a omissão de outros meios de pacificação social, não foram debelados. Podendo ser notada a incompetência ou, ao menos, a inadequação da política de gestão. Assim, toda a carga de insegurança social termina por enxergar na força coercitiva do Direito Penal o último (senão o único) caminho em busca da paz.

A legislação penal vai, assim, perdendo a sua característica de exceção do sistema jurídico, ao passo que assume a condição de primeira regra, ampliando significativamente o campo de proteção a bens jurídicos de titularidade coletiva ou difusa, tais como a saúde pública, a paz pública, as finanças públicas, o meio ambiente. Tudo isso, somado ao seu campo originário, torna o Direito Penal uma espécie de super-herói do sistema jurídico.

O fato é que instaurou-se um lamentável ciclo vicioso: o Direito Penal se expande para solucionar todos os problemas sociais – o processo de solução falha – os problemas se avolumam e revoltam a sociedade – o Direito Penal volta a agigantar-se pretendendo sanar as falhas protetivas – o processo falha novamente e o ciclo parece infinito. São muitos os focos de instabilidade e incoerência identificados, apresentado-se diversas posições teóricas acerca do problema.

Diante de tamanho o dissenso teórico, para alguns aspectos mais polêmicos, a doutrina tem proposto a criação de um novo direito que vem sendo denominado de *Direito de Intervenção*. Nesse sentido, Hassemer (1994, p.49):

Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal. [...] Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção.

Malgrado a boa intenção quanto à mudança de nome e quanto ao giro teórico proposto por Hassemer (1994), sabe-se que não basta isso para que tudo se resolva. O fato é bem mais complexo. Depreende-se, portanto, de adequações na estrutura funcional desse ramo do direito. Em termos de adequações, alguns entendem necessária uma flexibilização do Direito Penal, ou ainda, a sua setorização, imposta pelo direito penal globalizado. Sobre isso, Sánchez (2002, p. 84):

O direito penal da globalização não é, sem embargo, todo o Direito Penal. Como aludido no início, concentra-se na delinquência econômica ou

organizada e em modalidade delitivas conexas. Daí que se produza uma mudança significativa quanto ao modelo de delito que serve de referência a construção dogmática: em lugar do homicídio do autor individual, trata-se, por exemplo, de abordar atos de corrupção realizados por uma empresa que, por sua vez, comete delitos econômicos. A partir de tal constatação, depara-se com duas importantes alternativas: ou se acomete uma *setorização* das regras da Parte Geral do Direito Penal, ou se assume que, devido à poderosa força atrativa da nova criminalidade, também as modalidades clássicas de delinquência devam refletir a modificação das regras pelas quais vêm regidas. (Grifos do autor).

A proposta embora mais elaborada esbarra no cabedal garantista ao priorizar a setorização das regras. É necessário analisar a relação custo-benefício a fim de se avaliar a vantagem de qualquer das alternativas apresentadas pelo autor.

Em conclusão, é possível afirmar que, para Hassemer (1994), a solução ao Direito Penal na sociedade do risco perpassa pela institucionalização de um novo ramo do sistema penal, o direito interventivo. Já Sánchez (2002) esclarece ser necessário implementar-se um direito administrativo-sancionador; que é teleologicamente distinto do Direito Penal clássico. Este visa proteger bens concretos, volta-se contra a periculosidade concreta, respeitando, para tanto, todos os princípios penais clássicos. Quanto ao direito administrativo-sancionador, o autor esclarece que:

[...] o Direito Administrativo sancionador é o reforço da ordinária gestão da administração. Assim, também cabe afirmar que é o Direito sancionador de condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão. Seu interesse reside na globalização do modelo, no setor em sua integridade, e por isso tipifica infrações e sanciona sob perspectivas gerais. Não se trata aqui do risco concreto, como risco em si mesmo relevante e imputável pessoalmente a um sujeito determinado, senão que o determinante é a visão macroeconômica ou macrosocial (as ‘grandes cifras’, o ‘problema estrutural’ ou ‘sistêmico’). (SANCHEZ, 2002, p. 116-117).

Tal postura implicaria inevitavelmente em clara mitigação do Direito Penal, que cederia parte de sua área de atuação em prol do sistema administrativo. Malgrado a inicial impressão de plausibilidade, alguns pontos permanecem sem solução, dentre eles, a fragilidade da seara administrativa no tocante a efetiva cobertura protetiva do bem jurídico razão que, em sentido oposto, deflagrou o processo de expansão do direito penal. Ademais, tal providência demandaria que os Estados fossem dotados de órgãos administrativos competentes fortalecidos e imparciais, além de tecnicamente preparados para a boa aplicação das regras relacionadas à punição de tais infrações.

Em sentido diferente posiciona-se Baratta (2002), que tem criticado a função simbólica do direito penal, segue defendendo a bandeira de um direito penal mínimo,

observando, contudo, que a expansão punitiva, em determinados tópicos, em contraponto a um necessário processo de despenalização em outros, consistiriam em providências de grande valia na estratégia de otimização do sistema penal pós-moderno.

Tal proceder implicaria em “um reforço penal em áreas de interesse social para a vida dos indivíduos e da comunidade: a saúde, a segurança do trabalho, a integridade ecológica etc.” e arremata, sugerindo, em seguida: “Trata-se de dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos do corpo do Estado, da criminalidade organizada [...]” (BARATTA, 2002, p. 202).

Significativa a percepção que expõe Baratta (2002, p. 203) quando faz ponderações de ordem processual, explicando o diferencial inerente ao novo direito penal encampado pela sociedade do risco, assim dispõe o autor: “trata-se ao mesmo tempo, de assegurar uma maior representação processual em favor dos interesses coletivos.” Merece guardida a perspectiva de uma “maior representação processual”, em se tratando de interesses coletivos.

Por este norte, em sede de tratamento conferido aos delitos ambientais, não se vislumbra a solução na perigosa flexibilização decantada pelas propostas anteriores; antes se almeja uma mais acurada representação processual dos interesses coletivos, como expressão legitimante do sistema penal.

Sendo o processo, pelo procedimento que lhe informa, irrefutável instrumento de garantias no sistema jurídico, principalmente no sistema jurídico-penal, evidencia-se o equilíbrio da proposta teórica apresentada pelo citado autor, vez que contempla ambas as partes envolvidas na questão fática: o bem jurídico a ser protegido pela norma, segundo os novos ditames da sociedade do risco, representado pelo sujeito passivo, com expressiva atividade processual, e, por outro lado, o suposto autor do fato definido como crime, que terá em seu favor o processo como instrumento garantista.

### **3. Posicionamentos e Perspectivas do Sistema Penal Ambiental: Uma Necessária Abertura Democrática**

Em verdade do sistema penal, como subsistema social que é, pode advir a correta equação ao problema sócio-jurídico enfrentado pelo Direito Penal na sociedade do risco. Nesse aspecto, é indiscutível a relevância da inter-relação entre um sistema social e os indivíduos dentro de uma estrutura; traz-se a lume a observação de Giddens (1989, p. 20):

Dizer que estrutura é uma ‘ordem virtual’ de relações transformadoras significa que os sistemas sociais, como práticas sociais reproduzidas, não têm ‘estruturas’, mas antes exibem ‘propriedades estruturais’, e que a

estrutura só existe, como presença espaço-temporal, em suas exemplificações em tais práticas e como traços mnêmicos orientadores a conduta de agentes humanos dotados de capacidades cognoscitivas.

Para melhor examinar tal hipótese, necessário observá-la sob uma perspectiva ampla à luz da construção teórica de *sistema* cunhada por Luhmann (1995). Inicialmente, destaca-se a existência do sistema social funcionalmente diferenciado, devendo o sistema legal ser compreendido como um de seus subsistemas e que o sistema penal, por sua vez, é um subsistema do legal. Ressalte-se, contudo, a autonomia imanente de cada sistema. Nesse sentido:

Tal sistema constitui a si próprio, a partir de suas funções, determinadas no nível do sistema societário. Os arranjos função/sistema requerem total autonomia funcional porque nenhum outro sistema desempenhará as mesmas funções que aquele. Nesse sentido, a autonomia não é um objetivo perseguido pelo sistema, mas uma necessidade fática. (LUHMANN, 1995, p. 112).

Observe-se que em se tratando de sistema legal ou, para ser mais específico, sistema penal, a teoria de Luhmann (1995) conduz ao entendimento de que as unidades elementares que o compõem e o próprio sistema considerado em si mesmo serão ativados, perfazendo o que o autor denomina de *redução de complexidades*, que, uma vez realizada, permitirá ao sistema penal subordinar os estímulos recebidos do ambiente sociojurídico onde está inserido, ao seu próprio esquadro de funcionamento.

Para tal compreensão, Luhmann (1995) abeberou-se na biologia, onde, a partir do conceito de autopoiese desenvolvido por Maturana e Varela (1980), na década de setenta, obteve um significativo giro epistemológico, propiciando, também na área das ciências sociais, uma eficiente observação do meio e de suas características, a partir de uma perspectiva autopoietica.

Sendo assim, no âmbito do sistema penal ambiental, cumpre, à luz do marco teórico autopoietico, examinar a dinâmica desse sistema ou subsistema - se considerado como parte de um sistema jurídico e de um sistema social. Indaga-se, pois, poderia esse sistema, fechado em si mesmo, deixar-se confundir com o ambiente a partir da insistência e intensidade das irritações ou estímulos recebidos? O próprio Luhmann (1997, p.44) cuida de esclarecer esse ponto, afirmando que: “[...] O sistema nunca chegaria a construir sua própria complexidade e o seu próprio saber se fosse confundido com o ambiente”.

Não obstante Luhmann (1997) considere o sistema legal, um sistema fechado, isso não significa a ausência absoluta de interação ou conexões com o ambiente onde está instalado. Portanto, não se olvide da sua integração com o ambiente a partir de estímulos externos, que serão tratados e concebidos – ou não – pelo sistema, tudo conforme o seu

perfil de atividade. Nesse sentido, Luhmann (1997, p. 44) esclarece, em outras palavras, que ser aberto fundamenta-se em ser fechado, porque só é possível conhecer o que é diferente e assevera: “Porque o sistema nunca chegaria a construir sua própria complexidade e o seu próprio saber se fosse confundido com o ambiente”.

Por fim, feita esta breve digressão teórica, é necessário afirmar que tais constatações conduzem à conclusão de que o sistema penal só poderá adequadamente controlar a criminalidade própria da sociedade do risco, especialmente a criminalidade ambiental, se conseguir se manter verdadeiramente como sistema, isto é, se conseguir se manter em patamar teórico distinto daquele fomentado e vivenciado no ambiente social pós-moderno.

O fato é que os elementos do sistema penal ambiental são específicos desse sistema e devem ser respeitados como tal. Assim, a criminalidade ou delinquência ambiental apresenta as suas peculiaridades, que se não forem devidamente consideradas implicará na ausência de efetividade da proteção jurídica do objeto jurídico e, por consequência, na falibilidade do sistema jurídico – provocando o descrédito social da justiça penal.

Corroborando com a ideia de uma clara especificidade acerca do sistema penal ambiental, dispõe Ghersi (2001, p. 131) sobre a criminalidade ecológica:

Si para caracterizar la delincuencia ambiental tomamos como base la definición de Sutherland, que considera delitos de cuello blanco a los cometidos por una persona respetable y de *status* social alto el curso de su ocupación, podemos incluir al delito ecológico e delito contra el medio ambiente dentro de este tipo de delitos<sup>1</sup>.

Em peculiar demonstração da especificidade desse tipo de delito, de acordo com Beloff (1994, p. 156), seria possível denominá-los de “*delitos de cuello verde*”. É precisamente nesse ponto que reside um aporte significativo da especificidade do direito penal ambiental que, embora provocador de ofensas jurídicas de grande envergadura, acaba por propiciar a inércia ou pouca efetividade dos aparatos ideológicos do Estado. Assim ocorre por interesse das classes dominantes o que teoricamente é discutido pela Criminologia, como explica Guerrero (2008, p. 54):

Desde el punto de vista criminológico, la delincuencia económica se define como las infracciones lesivas del orden económico cometidas por personas pertenientes a estratos altos em el ejercicio de su actividad profesional. La transcendencia social de esta delincuencia se manifiesta, em primer término, por la cuantía de los daños ocasionados y em segundo

1 “Se para caracterizar a delinquência ambiental tomamos como base a definição de Sutherland, que considera delitos de colarinho branco aos cometidos por uma pessoa respeitável e de *status* social alto o curso de sua ocupação, podemos incluir ao delito ecológico e delito contra o meio ambiente dentro deste tipo de delitos”. (Tradução nossa)

lugar, por el reclutamiento del autor entre los miembros de la alta sociedad. Em muchas ocasiones, por el poder político o económico que ejerce, el delincuente de cuello blanco, logra que terceros o subalternos sean los autores materiales del hecho delictivo, lo que dificulta, sin duda alguna, la persecución del autor que realmente há dominado la acción, Estos son los rasgos criminológicos de mayor trascendencia. También debe destacarse, aunque en um segundo plano, que em este tipo de infracciones se lesiona, em muchas ocasiones, la confianza, explícita o implícita, em la economía<sup>2</sup>.

A par disso, e mais aprofundadamente, reflete-se sobre a questão da justiça penal como instrumento diferencial de controle das ilegalidades:

Não há uma justiça penal destinada a punir todas as práticas ilegais e que, para isso, utilizasse a polícia como auxiliar, e a prisão como instrumento punitivo, podendo deixar no rastro de sua ação o resíduo inassimilável da “delinquência”. Deve-se ver nessa justiça um instrumento para o controle diferencial das ilegalidades. Em relação a este, a justiça criminal desempenha o papel de caução legal e princípio de transmissão. Ela é um ponto de troca numa economia geral das ilegalidades, cujas outras peças são (não abaixo dela, mas a seu lado) a polícia, a prisão e a delinquência (FOUCAULT, 1987, p. 309).

E o autor continua sua reflexão acerca dos mecanismos punitivos e as inconsistências cotidianas a singrar as instâncias do poder estatal, onde, quase sempre, o que se obtém é espaço para justificação da ilegalidade da classe dominante. Eis um grande problema social.

A invasão da justiça pela polícia, a força de inércia que a instituição carcerária opõe à justiça, não é coisa nova, nem efeito de uma esclerose ou de um progressivo deslocamento do poder; é um traço de estrutura que marca os mecanismos punitivos nas sociedades modernas. Podem falar os magistrados; a justiça penal com todo o seu aparelho de espetáculo é feita para atender à demanda cotidiana de um aparelho de controle meio mergulhado na sombra que visa engrenar uma sobre a outra polícia e

2 “Desde o ponto de vista criminológico, a delinquência econômica define-se como as infrações lesivas da ordem econômica cometidas por pessoas pertencentes a estratos altos no exercício de sua atividade profissional. A transcendência social desta delinquência manifesta-se, em primeiro termo, pela quantia dos danos ocasionados e em segundo lugar, pelo recrutamento do autor entre os membros da alta sociedade. Em muitas ocasiões, pelo poder político ou econômico que exerce, o delinqüente de colarinho branco, consegue que terceiros ou subalternos sejam os autores materiais do fato delitivo, o que dificulta, sem dúvida alguma, a perseguição do autor que realmente há dominado a ação. Estes são os rasgos criminológicos de maior transcendência. Também deve se destacar, ainda que num segundo plano, que neste tipo de infrações se lesiona, em muitas ocasiões, a confiança, explícita ou implícita, na economia”. (Tradução nossa)

delinquência. Os juízes são os empregados, que quase não se rebelam, desse mecanismo. Ajudam na medida de suas possibilidades a constituição da delinquência, ou seja, a diferenciação das ilegalidades, o controle, a colonização e a utilização de algumas delas pela ilegalidade da classe dominante (FOUCAULT, 1987, p. 309).

Sem embargo, Gomes e García-Pablos de Molina (2000, p. 66) assinalam que:

Para a Criminologia o delito se apresenta, antes de tudo, como *‘problema’ social e comunitário*, que exige do investigador uma determinada atitude (empatia) para se aproximar dele. [...] um determinado fato ou fenômeno deve ser definido como problema social somente se concorrem as seguintes circunstâncias: que tenha uma incidência massiva na população; que referida incidência seja dolosa, alitiva; persistência espaço-temporal; falta de um inequívoco consenso a respeito de sua etiologia e eficazes técnicas de intervenção no mesmo e consciência social generalizada a respeito de sua negatividade (Grifos dos autores).

Em verdade, se os crimes em geral apresentam-se com as características de problema social e comunitário, muito mais se observa tais traços nos crimes ambientais. Como se observa, o delinquente ambiental, espécie do gênero delinquente do colarinho branco, é distinto do criminoso comum, por isso requer uma estratégia processual igualmente diferenciada, sob pena de faltar efetividade à tutela penal ambiental. Em breve relance sobre essa questão, novamente traz-se à colação Guerrero (2008, p. 56), quanto aos efeitos materiais e processuais dessa espécie de criminalidade:

Existía un sentimiento relativamente desorganizado del público hacia esta clase de delitos, sus efectos son difusos y los medios masivos no expresan sentimientos morales organizados. Em la actualidad, la situación se há tornado diferente, pero no cambió em su esencia: la *‘corrupción’* es el término designado para denominar a los delitos generales de *‘cuello blanco’*. Sin embargo, los casos de corrupción que por general son denunciados desde la prensa, *em la gran mayoría de los casos, se termina en un punto cero donde nada se puede probar, en tanto que se denuncia una complicidad entre el poder político y el poder judicial* (Grifos nossos).<sup>3</sup>

É pertinente o destaque acerca da dificuldade probatória nessa espécie de criminalidade. Por outro lado, observa-se a existência de uma cumplicidade entre os poderes, o

3 “Existia um sentimento relativamente desorganizado do público para esta classe de delitos, seus efeitos são difusos e os meios em massa não expressam sentimentos morais organizados. Na atualidade, a situação se há tornado diferente, mas não mudou em sua essência: a *‘corrupção’* é o termo designado para denominar aos delitos gerais de *“colarinho branco”*. No entanto, os casos de corrupção que em geral são denunciados desde a imprensa, *na grande maioria dos casos, terminam-se num ponto zero onde nada se pode provar, enquanto se denuncia uma cumplicidade entre o poder político e o poder judicial*”. (Tradução nossa)

que, por si só, já é suficiente para conduzir a conclusão de que o sistema penal ambiental reclama, em verdade, um elemento diferenciador para funcionar adequadamente.

Por outro prisma, indica também Ghersi (2001, p. 135), o entrave da questão probatória quanto a este tipo de criminalidade: “A concepción, en la cual la vida y la salud de la población son el objeto último de protección, aparece el inconveniente de la difícil prueba de la relación de causalidad del hecho contaminante con el perjuicio ocurrido<sup>4</sup>”.

Para além de todas as discussões de ordem filosóficas ventiladas acerca da criminalidade ambiental, pragmaticamente observa-se que a questão probatória é talvez a mais tormentosa que se apresenta. Desse modo, reconhecendo como complexas as questões penais ambientais, por tudo que já foi demonstrado, urge esquematizar o processo penal ambiental de elemento especializante, dotado de saberes e poderes que o legitimem a otimizar o procedimento, particularmente no aspecto probatório. Em sentido assemelhado, pensou Franza (2007, p. 131):

La complejidad y especificidad de este tipo de delitos hace que cada vez aparezca más necesaria la creación de una Fiscalía Especial de Medio Ambiente en cada Tribunal Superior de Justicia y en cada Audiencia Provincial, dotada de suficientes fiscales y adecuados medios (por ejemplo: ecotoxicólogos forenses). Esta figura de la Fiscalía Especial ya existe, adstrita a la Fiscalía General del Estado, para los delitos relativos a la corrupción económica o al narcotráfico<sup>5</sup>.

Insta esclarecer que tal sujeito processual viria fortalecer a proposta de um sistema penal adequado aos desafios que as especificidades inerentes à criminalidade ambiental impõem, sem ter que abrir mão da tutela penal em prol de uma tutela exclusivamente administrativa ou, sem que seja necessário partir em uma verdadeira cruzada criminal, no dorso de um direito penal do inimigo, sem, contudo, lograr uma proteção mais efetiva do bem jurídico que a lei visa proteger.

Nesse sentido, é preocupante a tendência pós-moderna de *administrativização* do direito penal, uma vez que tal técnica insere-se no sistema administrativo ou, pior ainda, sobrepõe este sistema ao sistema penal, em confusa operação hermenêutica. Sobre os vícios próprios da seara administrativa, dispõe Habermas (1997, p. 109):

4 “A concepção, na qual a vida e a saúde da população são o objeto último de proteção, aparece o inconveniente da difícil prova da relação de causalidade do fato contaminante com o prejuízo ocorrido”. (Tradução nossa)

5 “A complexidade e especificidade destes tipo de delitos fazem que cada vez apareça mais necessária a criação de uma Promotoria Especial de Meio ambiente em cada Tribunal Superior de Justiça e em cada Audiência Provincial, dotada de suficientes promotores e adequados meios (por exemplo: ecotoxicólogos forenses). Esta figura da Promotoria Especial já existe, adstrita à *Fiscalía General* do Estado, para os delitos relativos à corrupção econômica ou ao narcotráfico”. (Tradução nossa)

Os sistemas da economia e da administração têm a tendência de fechar-se contra seus mundos circundantes e de obedecer unicamente aos próprios imperativos do dinheiro e do poder administrativo. Eles rompem o modelo de uma comunidade de direito que se determina a si própria, passando pela prática dos cidadãos.

Por isso, para garantir a validade e a certeza, racional e legal, das decisões acerca da proteção jurídica ambiental é que se orienta a via do direito penal, contudo, será necessária a adequada fundamentação numa teoria do discurso. Afinal, sabe-se que a conduta livre de cada cidadão será sempre orientada por suas perspectivas valorativas, sendo esta a face da medalha. O reverso desta mesma medalha, contudo, é representado pela necessária mitigação aos interesses dos indivíduos e dos grupos felizmente exercida pelo controle coercitivo do direito.

Nesse passo, convém trazer a lume os ideais da teoria do agir comunicativo, apresentada por Habermas (1997), onde em última análise, tem-se que o que legitima verdadeiramente as normas são os processos democráticos, por todos os seus meios de realização, inclusive, a atuação cidadã quotidiana através do exercício da capacidade, individual e coletiva, de escolhas, de construção argumentativa em defesa de interesses próprios. Os princípios do discurso somente podem ser semeados e colhidos nos férteis solos da democracia.

Tal princípio, aplicado na seara jurídica, confirma a autonomia e a liberdade da participação cidadã em todos os processos sociais, especialmente os judiciais. Ressalta, por consequência, valores normativos considerados e garantidos, tais como: o direito à liberdade de expressar-se, associar-se, direito inclusive de garantir o exercício dos demais direitos perante a qualquer dos Poderes constituídos.

Em verdade, a lei, ou melhor, sua adequada aplicação, deve garantir, sem fazer assepsia de qualquer ordem no âmbito do sistema penal, aí incluído o sistema penal ambiental, com toda a sua carga de especificidade, o exercício democrático pleno, tal como enfatiza Habermas (1997, p. 164) ao afirmar a importância “de uma juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito; e esta exige, por seu turno, uma formação discursiva da opinião e da vontade que possibilita um exercício da autonomia política através da assunção dos direitos dos cidadãos”.

O direito é fundamentalmente importante para que o exercício do princípio do discurso seja princípio basilar da democracia, pois abre espaço à participação de todos. Para tanto, a autonomia política necessita da democracia, fonte de onde emanam todas as formas de concretização dos discursos. Sobre uma nova proposta democrática, dispõe Santos (2006, p. 276):

A nova teoria de democracia – que também poderíamos designar por teoria democrática pós-moderna para significar a sua ruptura com a

teoria democrática liberal – tem, pois, por objectivo alargar e aprofundar o campo político em todos os espaços estruturais da interação social. No processo, o próprio espaço político liberal, o espaço da cidadania, sofre uma transformação profunda. A diferenciação das lutas democráticas pressupõe a imaginação social de novos exercícios de democracia e de novos critérios democráticos para avaliar as diferentes formas de participação política.

E continua Santos (2006, p. 276), desta feita acerca de cidadania:

E as transformações prolongam-se no conceito de cidadania, no sentido de eliminar os novos mecanismos de exclusão da cidadania, de combinar formas individuais com formas colectivas de cidadania e, finalmente, no sentido de ampliar esse conceito para além do princípio da reciprocidade e simetria entre direitos e deveres.

Resta, pois, patente a necessidade de fortalecer a democracia e a cidadania no sentido mais abrangente dos termos. Por isso, o anúncio de todo e qualquer instrumento que possa fomentar um sistema penal ambiental democrático e cidadão, deverá ser bem compreendido e acolhido para que possa frutificar abundantemente.

#### **4. Processo Penal Ambiental e Direitos Fundamentais: Um Necessário Contraponto ao Binômio Saber-Poder**

No magistério de Ferrajoli (2006), em sua obra *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, o problema da verdade processual repousa no binômio saber-poder, que deve ser observado, cuidadosamente, de modo a não prestar-se a transmutar a ideia de justiça em injustiça patente. Pondera o autor que “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade” (FERRAJOLI, 2006, p. 48).

Em busca dessa verdade, apresenta o autor o o sistema garantista, comportando importantes axiomas para exercício do *jus puniendi* estatal, contudo, para ilustrar o presente trabalho insta destacar o terceiro, o quinto e o sexto princípios. No que diz respeito à separação das atividades processuais, supõe-se que um processo só representará os interesses de um Estado Democrático, do qual é instrumento, quando, necessariamente, conseguir se instaurar de modo a obedecer à efetiva separação entre as atividades de acusação, defesa e julgamento; a cada uma dessas cabe desenvolver a missão que lhe diz respeito.

O que se obtém de verdade a partir da produção das partes contrapostas (acusação e defesa) será o material destinado ao julgador para análise e subsídio de suas decisões e quanto mais material probatório sedimentar a análise, por consequência, a fundamentação do julgador, mais aproximada da verdadeira justiça estará a decisão proferida e o processo atingirá o seu real objetivo.

É precisamente nesse ponto que se demonstra válida a proposta de inserção direta do cidadão, comprometido com as questões ambientais, como amigo da corte, no bojo desse tipo de processo penal, vez que facilitaria a arregimentação probatória, além de viabilizar os necessários esclarecimentos técnicos, apoiando, sobremaneira, a atuação do julgador. Tal proposta se daria em sede de processo penal ambiental, especialmente pelo fato de se implicarem as questões ambientais em aspectos probatórios, em regra, bastante complexos, o que acaba por dificultar o adequado e justo julgamento das questões.

Assim, o sistema garantista que guarda íntima relação com os preceitos de um Estado Democrático de Direito recepciona validamente todo e qualquer incremento processual que viabilize um processo mais justo. Neste esteio, o direito penal mínimo apresenta-se como uma importante técnica de efetiva proteção dos direitos fundamentais, representando a tutela da parte frágil em relação à parte mais forte. Assim, tem-se que a parte frágil pode ser representada tanto pela vítima diluída pelos efeitos pulverizados do delito (vitimização difusa) como pelo réu, sob a mira da atuação estatal.

A tutela apresenta-se personificada no monopólio estatal da pena e materializada através do processo judicial, veículo ou instrumento para aplicação da pena justa, consequentemente, a estrutura processual deve, pois, ser pensada de tal modo que seja possível ao Estado, por meio desse instrumento, reduzir ao mínimo possível a margem de erro e o vácuo experimentado pelos julgamentos no Brasil, que tanto esbarram em fenômenos personificados em institutos que desqualificam a força democrática dos processos, tais como a insuficiência probatória e na prescrição.

Sob uma perspectiva garantista, há de se assegurar a justiça das decisões, buscando evitar desvios, tanto para o mais (condenações indevidas – sacrifício dos direitos individuais – o que pouco ocorre em casos de delitos ambientais), quanto para o menos (absoluções fundadas em incertezas plenamente dirimíveis, ou outra espécie de desfocada visão processual – sacrifício dos direitos difusos de obter adequada proteção ao meio ambiente equilibrado). Resta, pois, considerar que todas as estratégias que pretendam minorar o sacrifício desses bens jurídicos, especialmente aquelas que objetivam a legítima inserção do cidadão na dinâmica processual implicam em seguro constructo de justiça.

## 5. Participação Cidadã no Processo Penal Ambiental

A questão ambiental está cada vez mais presente nas pautas dos Estados que compõem as comunidades internacionais. Diversos são os pontos de vistas a partir dos paradigmas defendidos e vivenciados por cada um desses Estados. Contudo, já não é possível pensar em diretrizes eminentemente liberais, como outrora se fazia, sem maiores preocupações. Bem ou mal, a perspectiva ecológica, ao menos teoricamente, integra as preocupações políticas dos diversos continentes.

No plano jurídico, porém, ainda não é perceptível uma sensibilização ambiental na postura dos juristas. Ainda vigora uma perspectiva eminentemente vinculada ao paradigma antropocêntrico, vindo a questão ecológica apenas indiretamente, como mero complemento às obrigações estatais, como se fosse possível, na prática, compartimentar o bem-estar individual e social da questão meio ambiente equilibrado.

Assim, os vínculos entre o perfil democrático de um povo e a questão ecológica indicam que esse enfrentamento faz presumir uma verdadeira superação da democracia liberal, suplantando o patamar meramente representativo e incrementando o cenário constitucional com os elementos próprios de uma democracia participativa e direta.

Trata-se, pois, de uma forma exigente, quase utópica de Estado, porém, não impossível. Segundo Canotilho (2004), um Estado constitucional ecológico tem como pressuposto a concepção e o direito integrados ou integrativos do ambiente.

Desse modo, o propósito para que se promova o desenvolvimento sustentável deve integrar o rol dos princípios que embasam a estruturação do Estado e a forma de organização social. Por isso, enfaticamente, pode-se afirmar: para que haja um Estado de Direito, este deve ser, ao mesmo tempo, constitucional, social, democrático e, também, um Estado ambiental.

É impossível que se veja o Estado de Direito como uma obra pronta e acabada. Não; um Estado não se termina de fazer; um Estado caminha e se refaz todos os dias nos sonhos e nas realizações dos cidadãos – no sentido mais abrangente do termo. Trata-se de um processo interminavelmente dinâmico.

Sabe-se que, sob o manto de um Estado liberal, mas, visando atender aos anseios sociais, o Estado de Direito implementou o propósito de um Estado social, para tanto, incluiu diversos temas em seus conceitos-chave, tais como: a globalização e desenvolvimento tecnológico e científico, além do rol de direitos de terceira e quarta dimensões – meio ambiente equilibrado; paz; informação; patrimônio comum da humanidade.

Por óbvio, nada disso se fará tão somente sob a responsabilidade exclusiva das forças estatais. Para que tal mudança possa ir adiante, em conformidade com as previsões constitucionais de cada Estado soberano, é necessário incluir o cidadão, que já não pode se contentar com a condição de mero espectador. Sem dúvidas, nesse cenário, vai além a sua função. É preciso sair do passivo conforto de espectador e assumir o papel que lhe foi dado, sob pena de o espetáculo da vida democrática estagnar completamente.

Sem embargo, sob uma expectativa ambientalista a atuação cidadã ganha contornos de imprescindibilidade. A proposta de um Estado ambiental não pode sequer ser pensada, senão com a presença cidadã a orientar-lhe o curso. Entrementes, não se pode levar tal propósito aos extremos condenáveis, mesmo em se tratando da defesa do ambiente

ecologicamente equilibrado, os propósitos calcados na hipertrofia do Estado penal, serão sempre nocivos aos postulados estatais democráticos em seu conjunto e, por isso, devem ser rejeitados.

Em verdade, equilíbrio e democracia ambiental caminham juntos no processo de uma interpretação pluralista da Constituição. Aliás, observa-se que nesse desiderato é que o intérprete da Constituição se revela plenamente; e ele não se resume aos representantes dos Poderes constituídos, não se restringe às autoridades: ele vai ao cidadão que vivencia a norma constitucional em seus afazeres cotidianos. Nesse sentido, ilustrativo o seguinte entendimento acerca do que seja democracia:

A ideia fundamental da democracia é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexequível, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político (MÜLLER, 2000, p. 57).

Para tal propositura, o cidadão tem que se demonstrar capaz de exercer uma cidadania ativa; consciente de que sua atuação é imprescindível para a conformação dos direitos e garantias fundamentais, cuja realização se verifica em sua rotina diária de interpretar e vivenciar a norma. Se necessário, poderá inserir-se validamente nas esferas de poder, investido por instrumentos legítimos, que o autorize a representação direta de seus interesses.

Sobre os participantes do processo de interpretação constitucional, afirma Häberle (1997, p. 19):

A intervenção sobre os que participam do processo de interpretação é, de uma perspectiva sócio-constitucional, consequência do conceito ‘republicano’ de interpretação aberta que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional.

Em verdade, para Häberle (1997), está aberto o círculo de intérpretes da Constituição, isto é, aquele circuito formado pelas autoridades cuja labuta cotidiana consiste na leitura, interpretação e aplicação da Constituição, assim considerados os juízes, membros do Ministério Público, advogados públicos e particulares e os operadores do direito de uma forma geral. Todos esses deverão coabitar no patamar interpretativo com os leigos. Na sua visão, “a sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido *lato*” (HÄBERLE, 1997, p. 40).

Aspecto interessante é o que diz respeito à dimensão e intensidade do controle judicial dessas participações cidadãs:

Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal (*faire Beteiligung*) dos diferentes grupos na interpretação da Constituição,

de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis). Considerem-se algumas questões como aquelas relacionadas com a defesa do consumidor ou a defesa do meio-ambiente. Aqui se manifestam os ‘interesses públicos’ (HÄBERLE, 1997, p. 46).

Significativa a postura que atenta à necessidade de se levar em conta os interesses daqueles que não participaram do processo, mas que possuem interesses não representados. Nesse sentido, arremata o autor mencionando as consequências da utilização do direito processual constitucional:

Para a conformação e a aplicação do direito processual resultam consequências especiais. Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas ‘intervenções’) (HÄBERLE, 1997, p. 46).

Importante observação consiste no destaque da necessidade de ampliação e aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais. Abre-se aqui um parêntese para estender a mesma observação aos juízes e tribunais em geral, considerando que o sistema jurídico é fechado e atua que em autopoiese, conclui-se que não causa qualquer entrave essa proposta de extensão, desde que se discutam questões de ordem constitucional; haveria uma glosa com adoção do critério de competência material, o que confirmaria a atuação do direito processual constitucional fortalecendo a participação democrática, como sugere Härbele (1997, p.48):

Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliada sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador.

Por fim, observa-se que à luz da hermenêutica constitucional proposta por Häberle (1997), adequada à sociedade pluralista ou, como afirmara o autor, à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, denota-se prontamente possível a participação cidadã direta, isto é, sem intermediários, no labor interpretativo do texto constitucional. Além disso, o direito processual constitucional (incluindo o direito processual constitucional de caráter penal ambiental) incorpora a pauta de participação democrática no processo

como assinala Häberle (1997), sem precisar, para tanto, recorrer ao Poder Legislativo no sentido de autorizar, por lei expressa, tal prática.

Em verdade, somente viabilizando juridicamente a inserção do cidadão, representando a vitimização difusa, própria da seara penal ambiental, no contexto desse tipo específico de processo penal, mediante a presença do cidadão reconhecidamente comprometido com a causa ambiental, junto aos juízos singulares e aos tribunais, na condição processual de *amigo da corte*, com todas as limitações e prerrogativas próprias desse sujeito processual, é que se democratizará o processo, fomentando uma postura de tutela preventiva e efetiva do meio ambiente. Mas a quem atribuir essa figura, a princípio estranha ao processo penal?

A título de exemplo, apontam-se: os participantes das ONG's pertinentes à causa do ambiente; os professores, estudantes e pesquisadores com experiência na temática em sua rotina de atuação; os profissionais e pareceristas com formação nas áreas diretamente relacionadas à questão da proteção ambiental, entre outros que possam justificar o seu interesse e legitimidade participativa na causa, segundo o arbítrio do julgador responsável pela análise da inserção solicitada.

Com isso, é imperativo lógico uma modernização ou refinamento do processo constitucional de tal forma que seja possível estabelecer uma comunicação plena entre todos os participantes desse processo interpretativo; afinal, como já afirmou Häberle (1997), não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. A interpretação, pois, é a luz que abre as portas da justiça a todos - às autoridades e, especialmente, aos cidadãos.

Construída a ideia de um processo penal ambiental mais efetivo, porém garantista, compreende-se que é impossível apreender a realidade em toda a sua complexidade, compartimentando-a. O conhecimento não é estanque e exige que as análises das questões científicas, máxime as questões penais ambientais, sejam feitas sob uma perspectiva sistêmica.

## 6. Conclusões

Com a intenção de perscrutar quanto à efetividade do sistema processual penal tradicional, em sede de persecução penal das questões ambientais, a pesquisa sustentou como questão teórica de base, a análise do sistema penal; visou investigar a possibilidade jurídica da participação direta do cidadão na dinâmica do sistema processual penal ambiental, mediante a inserção de um instrumento otimizador da efetividade daquele sistema.

Tal compreensão conduziu, a partir daí, ao exame da necessária comunicação entre os sistemas, que se entrelaçam e interagem mutuamente, em um ritmo variável, mas em movimento permanente. Nesse passo, avançaram-se os estudos para análise do sistema

penal ambiental, compreendido no âmbito do sistema jurídico que, à luz de um agir comunicativo, observou o sistema jurídico, não mais como um sistema fechado, mas um sistema necessariamente aberto, apto a comunicar-se com o sistema constitucional e este, com o sistema social e democrático do Estado de Direito em que está legitimamente inserido.

Este cotejo se deu sob o manto da análise dos postulados da sociedade do risco e da modernidade reflexiva; constatou-se, então, a parca efetividade do sistema penal tradicional, por incompatibilidades de ordem ideológica e pragmática, com os desafios impostos pelo novo cenário penal-ambiental, a interagir necessariamente com o sistema jurídico constitucional.

Precisamente nesse ponto identificou-se que, sob o argumento de conferir efetividade à tutela ambiental (entre outras tutelas penais difusas) por esse sistema, promoveu-se um incremento quantitativo e qualitativo das normas penais, destacando-se, a postura de administrativização da tutela penal; tudo em clara adesão aos postulados do direito penal máximo, visando conferir efetividade a esse sistema.

Por óbvio, tal análise sócio-jurídica verificou-se como proposta sedimentada no funcionalismo penal; contudo, considerando as premissas do Estado Democrático de Direito, optou-se por seguir a linha de investigação rumando ao funcionalismo sistêmico moderado, cujos propósitos se harmonizam com os valores e princípios próprios desse tipo de Estado.

A partir dessa constatação, a pesquisa seguiu pela via oposta àquela percebida como padrão pelos defensores de um Estado penal, em detrimento ao Estado social. Assim, com suporte teórico nos postulados do minimalismo e do garantismo penal, promoveu-se um contraponto ao paradigma de proteção ao ambiente atrelado ao perfil dogmático de um direito penal expansionista.

Ao final dessa análise, restou perceptível que não era a ausência normativa, tampouco a modalidade das sanções penais ambientais que fragilizavam esse sistema jurídico. Compreendeu-se, então, que a pouca efetividade da persecução penal ambiental, despontava precisamente da natureza peculiar do objeto jurídico que pretendia proteger e, ainda mais intensamente, da relação de reciprocidade (por força da base cultural que os aproxima), que tal objeto despertava entre os sujeitos que compõem o clássico processo penal, aplicado pelo sistema, indistintamente a todas as questões penais, inclusive, à questão penal ambiental.

Com efeito, advém da cultura o grau de importância conferido, ou não, a um objeto jurídico que lei penal visa proteger. Não obstante constituir-se o meio ambiente equilibrado em uma das diretrizes contempladas no Estado democrático de direito brasileiro, é a questão cultural que confere a tônica do tratamento normativo que lhe é conferido; qualquer que seja o ordenamento jurídico de análise.

É pontualmente dessa constatação que surge a necessidade de abertura do sistema, tanto no aspecto material – acima referenciado, quanto no aspecto processual – sobre esse ponto é que repousa a proposta inovadora de solução à problemática apresentada: a inserção do cidadão no processo penal ambiental, na figura do *amigo da corte*.

Por óbvio se exigiu um embasamento teórico contundente para justificar esse postulado. Dentre as diversas variáveis investigadas, uma base justificante é comum, ou seja, a possibilidade jurídica de se realizar uma interpretação aberta da Constituição e, a partir desse ponto, iluminar todo o sistema jurídico, inclusive o sistema processual penal, que ainda mais que qualquer outro sistema processual deve adesão plena aos propósitos constitucionais.

Assim, concluiu-se que se no Brasil, a título de recorte geográfico representativo de um Estado Democrático de Direito, é possível inserir a figura do *amigo da corte* na dinâmica do processo constitucional, que tramita no órgão de cúpula do Judiciário, muito mais simples será inserir tal sujeito no bojo do processo penal ambiental em instâncias e juízos primários. Nesse ponto, especialmente justificada a inserção por tratar-se de processo cujo objeto é de interesse difuso e prontamente resguardado por toda Constituição pertinente a um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, nesse sistema processual de características muito especiais – processo penal ambiental – o juiz precisa julgar sistemicamente, mais que qualquer outra espécie de processo, o que torna o julgamento muito mais complexo. Nesse campo processual, o juiz julga crimes cuja vítima é toda a coletividade, inclusive o próprio julgador, e até mesmo o réu, é vítima de sua própria conduta criminógena; em verdade a presença do *amigo da corte* é processualmente indispensável para o embasamento ético do julgamento.

Convém explicar que se constatou nesta alteração inovadora na sistemática do processo penal ambiental, a possibilidade de uma tutela mais efetiva do meio ambiente, sem que para isso seja necessário flexibilizar os direitos e garantias individuais do réu, isto é, abdicar dos princípios vetores do garantismo penal. Observe-se que, por esse prisma, a construção sistemática que insere o *amigo da corte* no contexto do processo penal ambiental, conseguiu render homenagens (simultâneas) ao binômio: efetividade e segurança; ultrapassando, assim, a impressão doutrinária que afirma tratar-se de qualitativos processuais antagônicos.

Contudo, observou-se que a partir de uma interpretação democrática e aberta do sistema jurídico processual, para tornar legítima e qualitativamente válida a inserção do *amigo da corte* como presença cidadã no processo penal ambiental, exige-se do cidadão legitimado uma postura eticamente responsável e que o mesmo seja engajado de algum modo à causa ambiental, independente da área de conhecimento a que se vincule, ou da atividade profissional que desenvolva rotineiramente.

Assinalou-se que o conteúdo ético do discurso jurídico-penal, para se revelar válido e adequado aos embasamentos do Estado Democrático de Direito, deverá ser capaz de devolver ao sistema a sua racionalidade perdida, diminuindo o seu nível de violência e ampliando o seu perfil democrático e cidadão.

## 7. Referências

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.
- BELOFF, Mary. *Lineamientos para una política criminal*. Buenos Aires: Puerto, 1994.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade do risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERREIRA, Hedine Sivini; LEITE, José Morato (org.). José Joaquim Gomes Canotilho. Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.
- FRANZA, Jorge Atilio. *Delito Ambiental: aspectos penales, contraenacionales y de faltas – doctrina, legislación, jurisprudencia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2007.
- GHERSI, Sebastián R. *Derecho y reparación de daños: tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada – daño al medio ambiente y al sistema ecológico. Responsabilidad civil, administrativa y penal*. In: GHERSI, Carlos (Org.). *La delincuencia ecológica*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.
- GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- GUERRERO, Ramiro Anzit. *Criminología: evolución e análisis*. Buenos Aires: Seguridad y defensa, 2008.
- HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1997.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP/ Escola Superior do Ministério Público, 1994.
- LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B. ; SAMIOS, E. M. B. (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco J. *Autopoiesis and cognition*. Boston: Reidel, 1980.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madri: Civitas, 2004.
- SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11 ed. São Paulo: Cortez, 2006.
- WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

# A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO COMO FORMA DE EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

---

FABIANNE MANHÃES MACIEL

Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora adjunta na Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenadora do Curso de Direito da UFF em Macaé.

## Resumo

A propriedade urbana deve atender a função social cabendo ao Poder Público a regulamentação de instrumentos urbanos e da instituição de políticas públicas adequadas à efetivação do direito à moradia. Todos os instrumentos previstos para a Política Urbana carecem de vontade política do poder público estabelecendo uma fiscalização adequada somada a uma parceria com as empresas que movimentam a exploração de petróleo nas cidades sede visando uma efetividade de um planejamento urbano adequado. O que se pretende é a constatação da necessidade de cumprimento da responsabilidade social das empresas do ramo petrolífero, para que seja possível um desenvolvimento urbano adequado, atingindo a acreditada justiça social.

## Palavras-chave

Propriedade; Função social; Responsabilidade social; Petróleo.

## Abstract

Urban property must meet the social function fitting to the Government regulation of urban instruments and public policy institution appropriate to the realization of the right to housing . All the instruments provided for Urban Policy lack of political will of the government establishing adequate monitoring coupled with a partnership with companies that move oil exploration in the host cities aiming at effectiveness of a proper urban planning. The aim is the realization of the need to fulfill the social responsibility of companies in the oil sector , so that an appropriate urban development is possible , reaching the accredited social justice.

## Key words

Property; Social function; Social responsibility; Oil.

## 1. Introdução

O desenvolvimento das sociedades está intrinsecamente ligado à exploração de recursos naturais, o que por consequência acarreta degradação ambiental. A indústria do petróleo e gás natural, assim como qualquer outra deverá constantemente rever sua atuação para minimizar os prejuízos ambientais, até porque existirá devido a sua grande escala de produção e produtos tóxicos ofensivos ao meio ambiente uma responsabilidade ampla e necessária. No entanto, não se pretende aqui debater sobre os riscos ambientais da indústria do petróleo devido à queima deste que é muito agressiva, mas discutir a co-responsabilidade em relação ao crescimento desenfreado das cidades na qual se instalam, descaracterizando locais, estabelecendo ocupação desordenada trazendo inclusive favelização, processo migratório com crescimento populacional e impacto nos serviços urbanos.

Para realizar um debate sobre o impacto da indústria do petróleo e gás natural nas cidades, se faz necessário realizar uma discussão primária sobre a propriedade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura o direito de propriedade, estabelecendo como exigência o atendimento de sua inafastável função social, sendo esta uma imposição jurídica que uma vez dissociada de sua aptidão natural desconfigura o motivo que legitima a garantia e a declaração da propriedade, constituindo abuso de direito.

Para a promoção do controle do desenvolvimento urbano, através da formulação de políticas de ordenamento territorial, foi concedido ao poder público municipal determinar a circunscrição do equilíbrio entre os direitos e interesses individuais e coletivos em relação à destinação dada ao solo urbano.

Nesse contexto, novos instrumentos jurídicos de política urbana têm sido implementados em conformidade com o dinamismo social, dentre os quais pode-se destacar o Estatuto da Cidade, que acrescido às normas constitucionais preexistentes pertinentes à política urbana, efetivará a democratização das funções sociais da cidade em benefício de seus habitantes, propiciando condições razoáveis de habitação, trabalho e lazer.

A execução de tais instrumentos, aditados à efetivação das reformas das ordens jurídicas municipais, impulsiona a devida integração entre planejamento, legislação e gestão urbana, democratizando a legalização plena de uma recente ordem jurídico-urbanística de cunho social, que tem por objeto a regulamentação do direito urbanístico trazida pela Constituição Federal referente ao solo (extensão/espço) da cidade, sanando através da Lei 10.257/2001 a ausência de norma que garantisse sua eficácia.

## 2. Desenvolvimento

### 2.1. A Tutela Constitucional do Direito de Propriedade e sua Função Social

A Constituição Federal destina um Capítulo à Política Urbana, no Título referente à Ordem Econômica e Financeira (arts. 182 e 183).

O Princípio da Função Social da propriedade encontra-se inserido após às disposições relativas aos princípios gerais da atividade econômica, que, em sendo urbana a propriedade, só se efetiva quando atende às exigências essenciais de ordenação da cidade exaradas no Plano Diretor, art. 182, CRFB/88.<sup>1</sup>

O objetivo principal possui natureza social, tendo como finalidade imediata “viabilizar a democratização das funções sociais da cidade em proveito de seus habitantes, prevendo mecanismos de promoção do adequado aproveitamento do solo urbano”.<sup>2</sup>

O art. 183, por sua vez, estabelece a usucapião especial de pequenas áreas urbanas, salientando que a utilização deve ser com a finalidade de moradia.<sup>3</sup> Contudo, o texto normativo constitucional requer expressamente a produção de uma norma infraconstitucional, qual seja: Lei nº. 10.257, de 10.07.2001 – Estatuto da Cidade –, determinando em seu exórdio que “regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”.<sup>4</sup>

O Estatuto da Cidade não tem como único propósito assegurar a execução dos dispositivos constitucionais que disciplina, tendo também o condão de fixar deveres e proibições a particulares e a agentes públicos, renovar a ordem jurídica e institutos jurídicos, estabelecer sanções para os que transgredirem os preceitos por ela fixados, além de exigir a produção de normas, no âmbito municipal, que garantam a sua total aplicabilidade.

A análise da Lei nº 10.257/2001 - Estatuto da Cidade - impõe a junção de normas e princípios constitucionais, a fim de explicitar a real acepção e o alcance de cada um dos seus mandamentos.

1 OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 8.

2 LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 27.

3 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (4. Câmara). Civil “USUCAPIÃO URBANO -Previsão na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Cidade. - Inocorrência dos requisitos da boa-fé e justo título nesta modalidade de usucapião. - Presença dos requisitos necessários por parte da autora: posse incontestada e ininterrupta por 05 (cinco) anos, área inferior a 250m2, inexistência de outra propriedade urbana ou rural por parte da usucapiante. - Inaplicabilidade do art. 2.028 do novo Código Civil, por não tratar a hipótese de usucapião ordinário. - Notificação extrajudicial que não tem o condão de interromper o lapso prescricional de 05 (cinco) anos, diante do inciso V do art. 202 da atual Lei Civil. Usucapião que se declara a favor da autora, mantendo-se a gratuidade de justiça. - PROVIMENTO DO RECURSO” APELAÇÃO CÍVEL nº. 2006.001.31579. Relator: Desembargador Sidney Hartung. Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2007.

4 DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 28.

Nesse diapasão, o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, demonstra que o Estado Democrático de Direito está “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”.<sup>5</sup>

Constata-se que, ao elencar os direitos a serem resguardados, o primeiro a ser exposto diz respeito aos direitos sociais, dentre os quais se destaca o direito à moradia, expressamente introduzido ao texto do art. 6º da Carta Magna, pela redação da Emenda Constitucional nº. 26, de 14.02.2000.

O direito à moradia é referendado pelo art. 7º, IV, CRFB/88 ao integrar o dispositivo que concerne aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, relativos às suas necessidades vitais e às de sua família, devendo ser respeitado sob pena de ferir o principal fundamento que rege a República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, CRFB/88; e um dos seus objetivos fundamentais: a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, art. 3º, III, CRFB/88.<sup>6</sup>

O art. 5º ao dispor sobre os direitos e deveres individuais e coletivos caracteriza alguns como invioláveis (inciso XI), reconhecendo solenemente que a casa (moradia) é asilo inviolável do indivíduo, e que a propriedade atenderá à sua função social (inciso XXIII), o que é reiterado por outros preceitos constitucionais. (v.g., art. 170, III, CRFB/88)

O art. 23, IX, CRFB/88, determina ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições de habitação e de saneamento básico.<sup>7</sup>

Neste sentido, sob a égide do sistema constitucional brasileiro, verifica-se que a Lei Maior exige a implementação de *políticas sociais ativas*, e que o Estatuto da Cidade vem viabilizar a materialização do conteúdo constitucional, dando a intensidade necessária para garantir a sua efetividade.

Os instrumentos jurídicos de política urbana, como as leis reguladoras do parcelamento do solo urbano, as leis de zoneamento, códigos de edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana, e outros regulamentos de caráter urbanístico e de preservação do meio ambiente têm sido insuficientes para a resolução dos problemas referentes às cidades e aos pólos urbanos.<sup>8</sup>

Em desacordo com a atual ordem jurídica, destacam-se o elevado preço do solo urbano, a ocupação desenfreada e deterioradora do meio ambiente, especialmente pelas

---

5 Idem.

6 MORAIS de, Alexandre. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 748.

7 LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 34

8 Idem.

populações de baixa renda destinados à periferia por diversos fatores, a especulação imobiliária, e a grande quantidade de área não utilizada, ou sua utilização de forma imprópria, sendo certo que ignoram a determinação de atendimento à função social da propriedade.<sup>9</sup>

Desta forma, referir-se à habitação, moradia, casa e lar, é tanger em necessidades básicas do ser humano, asseguradas pela Constituição da República como direito social, sobretudo com o objetivo a que se destina, de indiscutível relevância pública, determinando ao legislador e aos administradores públicos que se produza densidade normativa e implementações políticas, que garantam a máxima eficácia.

No entanto, para se efetivar uma moradia digna, necessário se faz discutir o cumprimento da função social desta propriedade que servirá de moradia.

A Constituição Federal de 1988 reitera o direito à propriedade privada e à sua função social pautando-os dentre os direitos fundamentais, consolidados no art. 5º, incisos XXII e XXIII.

Em seu Título VII, a Carta Magna, ao versar sobre a Ordem Econômica e Financeira, estabelece como fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, sendo sua finalidade precípua a garantia da existência digna, respeitados os ditames da justiça social, ressaltando que se deve observar os princípios da propriedade privada, art. 170, inciso II, e, da função social da propriedade, art. 170, inciso III.<sup>10</sup>

O direito à propriedade é propagado em múltiplos dispositivos da Carta Maior: art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à propriedade no mesmo patamar dos direitos fundamentais (vida, liberdade, igualdade e segurança); art. 5º, inciso XXIV, dispõe sobre o procedimento de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social; art. 5º, inciso XXV, prescreve sobre a requisição de propriedade particular em caso de iminente perigo público; o art. 6º, com redação trazida pela Emenda Constitucional nº. 26, assevera a moradia como um direito social, e os arts. 182 e 183 regulamentam a política urbana, com alusão à função social da propriedade e à usucapião especial.<sup>11</sup>

Ao inserir a propriedade como uma liberdade fundamental, relacionada ao interesse social e a valores da ordem econômica, a Constituição da República de 1988, numa congregação de Cartas meramente liberais e de propensão social, abduziu modelos como as Constituições italiana e portuguesa, que se restringiam a abordar o tema nos capítulos das relações econômicas.<sup>12</sup>

9 RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. *O futuro das metrópoles: desigualdades e governabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2000. p. 319.

10 BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 103.

11 MORAIS de, Alexandre. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 748.

12 SILVA da, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 241.

Verifica-se a contumácia do legislador ao aventar a propriedade, contudo, não obstante os irrefutáveis progressos, a expressão “propriedade” repercute-se em dispositivos aparentemente paradoxais. Embora enfatize o seu caráter sacro e infringível em alguns artigos em outros define a essencialidade de sua funcionalização, acoplados a outros princípios e direitos fundamentais. Gustavo Tepedino, amparado em sólida doutrina italiana, ensina que não há mais um motivo para se falar em conteúdo mínimo, como se existisse “antinomia entre a relação de propriedade e o interesse social, mas sim em novo e preciso conteúdo da propriedade, inserida na relação concreta e impregnada dos outros valores não-proprietários tutelados pela Carta Política”<sup>13</sup> Neste sentido, finaliza Pietro Perlingieri lecionando que, “embora não possa a propriedade privada ser esvaziada, como se fosse um mero título de nobreza, não há um conteúdo mínimo a ser preservado, mas sim vários conteúdos mínimos, relativos a cada estatuto proprietário, a serem individualizados em cada situação.”<sup>14</sup>.

A Constituição Federal determinou inúmeros estatutos para distintas posições proprietárias, embasando-se na condição do bem se urbano ou rural; quanto à sua aptidão econômica, produtivo ou improdutivo; e quanto ao critério subjetivo, se o titular é brasileiro ou estrangeiro, sendo certo que nem todas elas usufruem do mesmo prestígio legal.

Inovadoramente, a função social da propriedade além de fixar-se como direito fundamental, alcançou a condição de princípio regente da ordem econômica. A vasta admissão da função social, que se estende a diversos capítulos da Carta Magna, consente em vinculação mais ampla, diretamente atrelada ao fundamento da dignidade da pessoa humana, e à justiça social.<sup>15</sup>

Mesmo estando prevista entre os direitos individuais a propriedade não poderá ser consagrada um como direito individual, “relativizando-se seu conceito e significado, porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.<sup>16</sup>

Por fim, importante salientar que, a Constituição Federal convergindo com outras Cartas modernas conferiu ao princípio da função social da propriedade operabilidade, determinando parâmetros e instituindo sanções aplicáveis em casos de sua inobservância.

13 TEPEDINO Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 275.

14 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 231.

15 OSORIO, Leticia Marques. *Estatuto da cidade: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 17.

16 SILVA da, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 240.

## 2.2. *Direito de Propriedade: Da Política Urbana e Função Social*

O Estatuto da Cidade, em seu art. 4º, elenca um rol exemplificativo de instrumentos disponibilizados ao Poder Público, que tem por escopo organizar os espaços habitáveis e garantir o atendimento à função social da propriedade e da cidade, evidenciando a intervenção urbanística.

Inobstante o entendimento doutrinário, segundo o qual os princípios da função social da propriedade e da função social da cidade contêm positividade e eficácia plena, perante o Poder Judiciário prepondera uma opinião legalista, substanciada na necessidade da subsunção do princípio em normas legais específicas, para a efetiva aplicabilidade desses.

O princípio da função social da propriedade é o conceito que afere coesão e funcionalidade ao conjunto de atos normativos e administrativos que objetivam a adequada constituição dos ambientes habitáveis.

A função social da propriedade consiste na utilização plena do bem, na otimização ou na tendência de otimizar “os recursos disponíveis em mãos dos proprietários ou, então, impondo-se que as propriedades em geral não possam ser usadas, gozadas e suscetíveis de disposição em contradição com estes mesmos propósitos de proveito coletivo”.<sup>17</sup>

A Constituição Federal estabelece como competência da União a edição de normas gerais de direito urbanístico, condicionando a ação do Poder Público Municipal, no que se refere ao princípio da função social da propriedade, à promulgação de lei ordinária federal que licencie sua imposição. Entretanto, a lei federal - Estatuto da Cidade - não pode restringir a atribuição outorgada pela Constituição, art. 30, I, e, VIII, não sujeitando o Município a atuação legiferante, tendo a lei federal apenas o condão de descrever alguns instrumentos de política urbana, corroborando para a padronização da nomenclatura e para a uniformização de sua aplicação.<sup>18</sup>

O art. 4º, § 1º do Estatuto da Cidade é conciso ao dispor que os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, devendo-se observar o disposto nesta Lei, apresentando instrumentos eficazes, de notável relevância social, assegurando a eficácia do objetivo expressado no art. 182 da Constituição Federal.<sup>19</sup>

O Plano Diretor é o instrumento de política urbana municipal hábil a alcançar o objetivo fundamental do Estatuto da Cidade, no sentido de dar concreção ao cumprimento da função social da propriedade através do implemento do planejamento de recursos urbanísticos.

17 OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 61.

18 DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 311.

19 OSORIO, Letícia Marques. op. cit., p. 62.

A concepção de Plano Diretor, como ferramenta urbanística, antepõe-se a existência de uma norma geral instituidora das diretrizes necessárias à execução da política urbana.

Inicialmente, indagava-se qual seria o correto instrumento para a edição de um Plano Diretor. Todavia, tal hesitação foi ultrapassada, eis que a Constituição Federal expressamente previu em seu art. 182, § 1º, como competência do Poder Legislativo sua aprovação, sendo, portanto, lei.<sup>20</sup>

Além da mencionada previsão constitucional, outros elementos estão vinculados pela Carta Maior como indispensáveis à composição do conceito de Plano Diretor, quais sejam: o fato de ser um “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”, a obrigatoriedade para cidades com população excedente a vinte mil habitantes, e, a capacidade de balizar as áreas suscetíveis de cominação de encargos urbanísticos ao proprietário de “solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado”.<sup>21</sup>

Muito embora haja presciência constitucional referente ao tema, durante um lapso temporal manteve-se um espaço para acepções normativas mais precisas, anteriores a atuação pormenorizada do legislador municipal na composição do Plano Diretor. Contudo, tal lacuna foi superada com a edição da legislação federal, denominada “Estatuto da Cidade”.

O Estatuto da Cidade aditou elementos essenciais ao conceito jurídico de Plano Diretor: o elegeu como instrumento jurídico para categorizar e fundir o sentido de função social da propriedade urbana, ao exprimir em seu art. 39 que a propriedade urbana alcança o cumprimento de sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor; programou sua determinação como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, pré-estabelecido pela Constituição em seu art. 182, § 1º, sendo reiterado pelo art. 40 do Estatuto da Cidade, o qual forneceu viabilidade prática; atrelou a efetivação dos instrumentos de implementação de uma política urbana à presença de um Plano Diretor, como por exemplo, o direito de preempção (art. 25, § 1º), a outorga onerosa do direito de construir (arts. 28 e 29), as operações urbanas consorciadas (art. 32, *caput*), e, a transferência do direito de construir (art. 35, *caput*), condicionando os instrumentos urbanísticos definidos no Estatuto da Cidade ao prévio planejamento urbano, materializado através do Plano Diretor.<sup>22</sup>

O Plano Diretor foi expressamente incluído como instrumento de implementação de política urbana sob o prisma da planificação geral a ser obedecida pelo Município,

20 OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 77.

21 DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 309.

22 RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. *O futuro das metrópoles: desigualdades e governabilidade*, Rio de Janeiro: Revan, 2000. p. 207.

diante da ênfase institucional que lhe foi conferida. Sua aplicabilidade justifica-se através do seu caráter cogente, mediante a atuação do Poder Público Municipal, possibilitando a constituição de políticas de investimentos, estabelecida no Estatuto da Cidade à imprescindível introdução das suas normas ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual, conforme disposto no art. 40, § 1º. Ademais, mesmo que não houvesse uma previsão expressa no Estatuto da Cidade, esta seria uma implicação lógica, pois para que o Poder Público atue utilizando-se de recursos públicos, ainda que previstos no Plano Diretor, é necessário para ser efetivada, a expressa previsão orçamentária.<sup>23</sup>

No âmbito da abrangência, o Estatuto da Cidade determinou que o Plano Diretor englobaria “o território do Município como um todo”, art. 40, § 2º, devendo ser ratificado que a competência deve ser exercida nos limites de atuação do legislador municipal, o qual deve ater-se a aspectos urbanísticos, inclusive quando referir-se à áreas rurais que integram o Município, sob pena de usurpar a competência legislativa exclusiva da União.

No que tange à obrigatoriedade de sua edição a Constituição Federal previu em seu art. 182, § 1º, a imposição para as cidades com número de habitantes excedentes a vinte mil. Contudo, esta regra foi ampliada pelo Estatuto da Cidade, fixando a obrigatoriedade também para as cidades que integram as regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, art. 41, II; cidades onde o Poder Público Municipal tenha a pretensão de empregar os instrumentos previstos no art. 182, § 4º da Constituição Federal, art. 41, III; cidades inseridas nas áreas de especial interesse turístico, art. 41, IV; e as cidades integrantes da área de influência de empreendimentos ou atividades com expressivo impacto ambiental de caráter regional ou nacional, art. 41, V, Estatuto da Cidade.<sup>24</sup>

O art. 50 do Estatuto da Cidade preconizou que os Municípios que não estejam enquadrados na obrigação prevista nos incisos I e II do art. 41 da Lei 10.257/2001, que não possuam Plano Diretor aprovado na data de entrada em vigor da referida Lei, deverão aprová-lo no prazo de cinco anos. Desta forma, conclui-se que as cidades previstas nos incisos I e II, do art. 41 receberam o prazo de cinco anos para sua edição e efetivação, e as inseridas nos incisos III, IV e V, do art. 41 devem editar o Plano Diretor imediatamente a condição antevista em lei se efetue.

Uma vez fixado o caráter impositivo ao Plano Diretor para determinadas cidades, sua não edição, sob as condições previstas no próprio Estatuto, implica aos infratores sanções ordinárias estabelecidas nos regimes jurídicos funcionais aplicáveis às autoridades responsáveis, caracterizando o descumprimento de uma obrigação funcional legalmente constituída.<sup>25</sup>

23 BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 112.

24 DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 313.

25 BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 112.

Importante destacar que, sob o aspecto institucional, a omissão na elaboração do Plano Diretor origina a privação do Município na possibilidade de utilização dos novos instrumentos urbanísticos disponibilizados pelo Estatuto da Cidade. A inexistência de Plano Diretor impossibilita o Município de exigir do proprietário a efetivação da função social da propriedade, uma vez que é sua competência, como lei introdutória de normas básicas de planejamento urbano, mapear a cidade e recomendar o campo de cumprimento do princípio da função social da propriedade, através da materialização e da aderência dos projetos para a realidade urbana idealizados.

Salutar que, como mecanismo básico da política de expansão urbana, o Plano Diretor pode fixar as orientações basilares sobre os assuntos de pertinência municipal referentes ao urbanismo. Nesta concepção estão introduzidos o poder e o dever de apresentar o planejamento de utilização dos instrumentos da política urbana predispostos aos Municípios, art. 4º do Estatuto da Cidade, obedecendo-se, entretanto, o limite inerente a qualquer planejamento, não podendo conjeturar especificidades característicos de normas de elaboração e execução. Destarte, inexistente conteúdo relacionado ao planejamento urbano que não tenha sido abordado na esfera de alcance do Plano Diretor.<sup>26</sup>

### 2.3. *A Ocupação Irregular do Solo e a Não Efetividade dos Instrumentos da Política Urbana*

A ocupação do espaço urbano brasileiro se faz marcada por déficit habitacional, deficiência de qualidade dos serviços de infra-estrutura, serviços de transporte deficientes e poluentes, agressão ao meio ambiente com ocupação irregular, por exemplo, diminuição da segurança, etc.

Todos os reflexos destas desordens urbanas precisavam ser corrigidas pela urbanificação, mediante a ordenação dos espaços habitáveis – de onde se originou o urbanismo como técnica e ciência, que busca corrigir os desequilíbrios urbanos. Em sua concepção original, o urbanismo era conhecido como a arte de embelezar cidades, porém, recentemente, seu conceito se aproximou de um sentido social, no qual seu objetivo é o bem-estar coletivo, através de uma legislação, de um planejamento e da execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares.<sup>27</sup>

A legislação urbanística teve sua primeira delimitação com as leis de desapropriação, tendo a primeira sido promulgada em 1826 e autorizava a desapropriação por utilidade pública para a execução de obras de comodidade geral e decoração pública. Desde esta

26 OSORIO, Leticia Marques. *Estatuto da cidade: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 79.

27 SILVA. *Op. Cit.*, nota 86, p. 27/31.

primeira legislação, muito se tem evoluído em matéria de legislação urbanística, porém, cabe ressaltar que seu fundamento constitucional não é de longa data, uma vez que mesmo a primeira Constituição da República nada trouxera de interesse em direito urbanístico.<sup>28</sup>

Por seu turno, a Constituição Federal de 1988 ofereceu bastante atenção à matéria urbanística fixando diretrizes ao desenvolvimento urbano (art. 21, XX e 182), tratando da preservação ambiental (art.s 23, III, IV e VII; 24, VII e VIII; e 225), de planos urbanísticos (art. 21, IX; 30, VIII; e 182), além do tratamento à função social da propriedade. O Estatuto da Cidade veio somar oferecendo diretrizes gerais para a política urbana, conforme previsto nos arts. 21, XX, 182 e 183 da Constituição Federal de 1988.

Outra vertente do urbanismo atual é o planejamento, mencionado no ponto 3.1, devendo ser ressaltado que seja a execução e planos urbanísticos nacionais e regionais, fixando a ordenação do território aos planos de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX, Constituição Federal/1988) ou locais, seja o planejamento urbanístico local, mediante controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, Constituição Federal/1988); estes fazem parte de um processo urbanístico que visa conceder o cumprimento a função social da propriedade.

A Constituição Federal de 1988 preferiu instituir um planejamento urbano não apenas para a manutenção de uma diretriz para alcance de uma cidade ordenada, mas, em sentido mais amplo, proporcionou traçar diretrizes para a satisfação dos próprios interesses coletivos.

Porém, para um planejamento que alcance sua finalidade, não basta sua formulação, mas a fixação do seu real cumprimento a curto, médio e longo prazo. Para que isso ocorra, se faz mister analisar o respeito à função social da propriedade, que por sua vez deve caminhar junto com os interesses coletivos, sem sobrepor-se a eles.

Com o desenvolvimento do processo civilizatório, as necessidades humanas se mostraram ilimitadas, o que ocasionou conflitos no seio da sociedade, tendo sido uma aposta do legislador infraconstitucional a edição da Lei nº 10.257/2001, como forma de alcançar a harmonia e solidariedade entre as classes proprietária e não-proprietárias, buscando, principalmente, a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sócias da propriedade.

Porém, infelizmente, o Estatuto da Cidade não tem conseguido alcançar o fim que se propôs, devendo a sociedade brasileira repensar sua aplicação e visualizar novos caminhos para obter a ordenação urbana necessária para o desenvolvimento do país.

---

28 Idem, pág. 55-57.

## 2.4. A Indústria do Petróleo como Meio de Desenvolvimento Urbano

No Brasil, a produção e exploração de petróleo se iniciaram em 1864 quando o imperador D. Pedro I decretou a autorização sob o número 3.352-A, tendo cinco anos mais tarde autorizado os americanos Thomas Denny Sargebt e Edward Pellew Wilson pelo prazo de noventa anos o primeiro e 30 anos o segundo, a extrair turfa, petróleo e outros minerais, à exceção de diamantes, nas comarcas de Camumu, Ilhéus e nas margens do Rio Maraú, na então província da Bahia.<sup>29</sup>

Atraídos pela presença de rochas betuminosas, utilizadas na fabricação de óleo ou gás de iluminação e lubrificantes, diversos interessados solicitaram concessão que envolvia também o carvão para a indústria de transportes, já que na época, o petróleo ainda era novidade. Esta nova perspectiva de exploração acabou por determinar diversos conflitos de terras onde se encontravam as jazidas, sob a alegação dos proprietários de que eram os verdadeiros descobridores não sendo possível a concessão por outrem.

Até o final do séc XIX, o Brasil ainda era mercado secundário para as grandes companhias, ou sejam um mercado em expansão. Em 1899 a América Latina figurava em terceiro lugar no consumo de derivados de petróleo atrás da Europa e do mercado interno norte-americano.

Na época das primeiras concessões, os primeiros poços eram rasos com o objetivo de retirada para material de utilização em iluminação. Porém, a preocupação com o petróleo foi determinante na promulgação da Lei de Minas de 1921 e na Constituição de 1934, prevendo a nacionalização das riquezas do subsolo.

Em pleno Estado Novo, Getúlio Vargas assinou o Decreto-lei nº 395, de 29 de abril de 1938 que tornava de exclusiva competência do Estado à regulação da produção, importação, refino, transporte, distribuição e comercialização do petróleo no Brasil criando o Conselho Nacional de Petróleo -CNP, sendo órgão colegiado cujo presidente era nomeado pelo Presidente da República.

Após a segunda guerra mundial o trabalho conjunto de militares brasileiros junto com os americanos cria uma nova realidade com a hegemonia do grupo pró-americano. O Departamento de Estado do governo americano organizou um lobby do Congresso pela alteração das leis protecionistas brasileiras, a favor das distribuidoras estrangeiras.<sup>30</sup>

No entanto, após emendas no projeto de lei sobre pesquisa, lavra, refino e transporte de petróleo foi aprovado em 03 de outubro de 1953, a Lei nº 2004 estabelecendo o monopólio para a União e inclusive, a criação da Petrobras para a execução das atividades

29 SANTOS, Sérgio Honorado dos. Royalties do Petróleo à luz do direito positivo: Rio de Janeiro: Esplanada, 2002. p. 14

30 PIQUET, Rosélia. Petróleo, royalties e região. Rio de Janeiro: Garamond, 2003. p. 21.

de implementação das tarefas de exploração e produção de petróleo e delega ao CNP a fiscalização do setor.

Da promulgação da Lei nº 2004/53 até hoje muita coisa mudou e a instalação nas pequenas e médias cidades, inclusive na cidade de Macaé, cidade sede da exploração na Bacia de Campos trouxe impactos significativos para o urbanismo. Macaé passou de uma cidade com economia voltada basicamente para a agricultura (cana), pecuária e pesca para uma cidade com alto índice de especulação imobiliária devido a instalação de empresas que direta ou indiretamente precisam sustentar a indústria do petróleo.

A evolução populacional foi absurda acarretando impactos na moradia, mobilidade, infra-estrutura exigida, além de impactos de aumento significativo nos serviços públicos.

Deste modo, não é possível deixar de lado também os impactos negativos gerados pela indústria do petróleo no entorno das cidades e a devida co-responsabilidade desta para com o desenvolvimento pleno e organizado do espaço urbano.

Para isso, deve ser necessário traçar primeiramente a efetividade dos instrumentos de política urbana por parte do Poder Público, estabelecendo a presença e o cumprimento nas legislações municipais das sanções possíveis em caso de não cumprimento do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado pela não promoção do adequado aproveitamento.

Determinar uma fiscalização eficiente é necessária fazendo com que a especulação imobiliária diminua. Impor sanções como parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação-sanção deveria ser um comprometimento rotineiros com o interesse público.

No entanto, como dito anteriormente cabe também a indústria do petróleo que determinou o mencionado impacto urbano ser responsabilizada para estabelecer maior envolvimento com a população das cidades que estão instaladas, determinando projetos complementares com os governos municipais garantindo um cumprimento a sua responsabilidade social.

Não cabe às empresas apenas o atendimento ao que é imposto através de licenciamentos ambientais ou legislação. A responsabilidade social da empresa trata-se de um compromisso voluntário em busca de uma sociedade melhor, mais justa, com a adoção de uma gestão responsável em relação aos seus sócios, empregados, fornecedores, consumidores, a comunidade, o meio ambiente, os chamados stakeholders e perpassam o mero cumprimento das obrigações legais contidas no ordenamento jurídico.<sup>31</sup> Este conceito

---

31 GUEDES, Fernanda Antunes. A responsabilidade social e ambiental das empresas sob prisma do realismo jurídico. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8757](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8757)>. Acesso em abr 2014.

deve ser expandido a adoção de responsabilidade social com o meio urbano visando o desenvolvimento adequado da sociedade nas cidades onde estão instaladas.

Sendo assim, o processo de instalação e funcionamento da indústria do petróleo deve estar conjugada com a co-responsabilidade desta para com a ordenação urbana e a efetiva participação em políticas públicas de conscientização e regularização do solo. O que se propõe é uma real atuação conjunta entre poder público, indústria do petróleo e sociedade para garantir o direito social à moradia e a conseqüente efetividade da função social à cidade.

### 3. Conclusões

A propriedade sofreu grandes mutações em seu exercício ao longo dos anos. Houve época em que a exclusividade era particularidade inconcebível, pois possuía um caráter coletivo e social, onde o indivíduo concentrava-se no objetivo de subsistência, e, uma vez alcançado, e escassos os recursos naturais, mudava-se em busca de novos meios de sobrevivência, não se atrelando à terra. Posteriormente, o território tornou-se sinônimo de poder, adquirindo a condição de absoluto. Atualmente, a propriedade é garantida como um direito individual, porém sendo, imperioso o atendimento à sua função social.

O direito de propriedade é resguardado constitucionalmente como fundamental, art. 5º, *caput* da CRFB/88. A Carta Magna destina ainda um capítulo exclusivo à política urbana, dispondo, sobretudo, que a propriedade deve atender a sua função social. A aludida função social somente se efetiva quando atendidas às exigências previstas no Plano Diretor. Trata-se de um direito elementar, ao qual a Constituição da República reitera sua importância ao descrever a moradia como um direito social, além de prever a inviolabilidade da casa (asilo) do indivíduo.

Neste sentido, ao preconizar que a propriedade atenderá sua função social, verifica-se a preocupação do legislador em assegurar a plenitude deste direito. Diante disto, foi editado o Estatuto da Cidade, que tem como finalidade democratizar as funções sociais da cidade em prol dos habitantes, bem como, evidenciar o liame entre direitos e restrições impostas a particulares e ao Poder Público, através da aplicação de instrumento de políticas urbanas.

Os instrumentos de política urbana têm por escopo garantir a eficácia do Estatuto da Cidade, impondo sanções gradativas para resguardar a função social da propriedade definida pelo Plano Diretor para àquelas cidades com mais de 20 (vinte) mil habitantes, conforme salienta o art. 182, § 1º da Constituição Federal.

O Plano Diretor confere ao Município o planejamento a ser seguido determinando as exigências de ordenação para o cumprimento da função social da propriedade, através

do parcelamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, ou em caso de descumprimento, por meio da sujeição ao pagamento de IPTU progressivo no tempo, ou como medida drástica sancionatória à desapropriação.

No entanto, todos os instrumentos previstos para a Política Urbana carecem de vontade política do poder público estabelecendo uma fiscalização adequada somada a uma parceria com as empresas que movimentam a exploração de petróleo nas cidades sede visando uma efetividade de um planejamento urbano adequado. A partir do momento que as empresas do setor petrolífero tomarem para si a responsabilidade social na adequação do espaço urbano que estão instaladas, será possível um planejamento conjunto que dará espaço para uma expansão urbana adequada que garanta um desenvolvimento sustentável.

Desta forma, afirma-se a evolução legal e social com a edição de leis específicas destinadas a proteger a propriedade, ultrapassando os limites do referido direito, estendendo-se ao precípua dos fundamentos constitucionais como a Dignidade da Pessoa Humana deve estar aliado a uma realidade prática de vontade política do Poder Público com a instituição de fiscalização adequada e a responsabilidade social das empresas do ramo petrolífero, para que seja possível um desenvolvimento urbano adequado, atingindo a acreditada justiça social.

#### 4. Referências

- BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada & direitos sociais*. Curitiba: Juruá, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). Organização dos textos, notas remissivas e índices por Vera Helena de Mello Franco. 7. ed. São Paulo: RT, 2005.
- BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts.182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm)> Acesso em: 16 set. 2007.
- CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Discurso jurídico da propriedade suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002,
- DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriação para fins urbanísticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Estatuto da cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FRANÇA, V. R. Perfil constitucional da função social da propriedade, Brasília, mar. 1999. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf\\_141/r141-02.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_141/r141-02.pdf)>. Acesso em: 16 set. 2007.
- GUEDES, Fernanda Antunes. A responsabilidade social e ambiental das empresas sob prisma do realismo jurídico. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8757](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8757)>. Acesso em abr 2014.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MATTIETTO, L. Função social e diversificação do direito de propriedade, Rio de Janeiro, jun. 2005. Disponível em <<http://www.fdc.br/Arquivo/Metrado/Revistas/Revista06/Docente/06.pdf>> Acesso em: 16 set. 2007.
- MELLO de, Celso Antônio Bandeira. *Novos aspectos da função social da propriedade*. São Paulo: Revista de Direito Público, 1987.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MORAIS de, Alexandre. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- OSORIO, Letícia Marques. *Estatuto da cidade: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PIQUET, Rosélia. *Petróleo, royalties e região*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.
- RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. *O futuro das metrópoles: desigualdades e governabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2000.
- SANTOS, Sérgio Honorado dos. *Royalties do Petróleo à luz do direito positivo*: Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.
- SILVA da, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TEPEDINO Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. Temas de direito civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar,1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: direitos das coisas*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

# A TEORIA DOS BENS COMUNS E A TEORIA DA EMANCIPAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIOAMBIENTAL E A RESPONSABILIDADE JURÍDICA NA ESPANHA E BRASIL

---

ELCIO NACUR REZENDE

Mestre e Doutor em Direito. Coordenador e Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara.

FRANCLIM JORGE SOBRAL DE BRITO

Doutorando e Mestre em Direito. Coordenador e Professor da Graduação da Escola Superior Dom Helder Câmara.

## Resumo

O presente trabalho dedica-se, eminentemente, a apresentar ao leitor a Teoria dos Bens Comuns e a Teoria da Emancipação. A primeira teoria, superficialmente, apresenta uma reflexão de quais são os limites para que o Estado, ou outro ente hiperssuficiente, explore os bens difusos em prol de um suposto interesse da sociedade. Não obstante, a Teoria da Emancipação, também de forma perfunctória, analisa a possibilidade da superação da alienação ideológica apresentando um mote desenvolvimentista fundado na autoconsciência do ser humano emancipado. Assim, ambas as teorias possuem pontos congruentes e dissonantes, mormente no chamado Socioambientalismo, na medida em que os bens ambientais, de importância incontestável, podem e devem ser geridos pelo Estado, sem, contudo, se olvidar da responsabilidade do cidadão nos cuidados em prol da preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## Palavras-chave

Teoria dos Bens Comuns; Teoria da Emancipação; Socioambientalismo.

## Resumen

Este trabajo está dedicado eminentemente introducir al lector a la teoría de los bienes comunes y la Teoría de la Emancipación. La primera teoría presenta superficialmente un reflejo de lo que los límites para el Estado, u otra hiperssuficiente entidad, exploran

los bienes difusas en nombre de un supuesto interés de la sociedad. Sin embargo, la teoría de la emancipación, también forma superficial, explorar la posibilidad de superar la alienación ideológica que presenta un tema de desarrollo basado en la autoconciencia del ser humano emancipado. De este modo, ambas teorías tienen puntos congruentes y disonantes, especialmente en el llamado Socio-ambientalismo, en la medida en que los bienes ambientales, innegable importancia, pueden y deben ser manejados por el Estado, sin embargo olvidar la responsabilidad del ciudadano en el cuidado por el bien de preservación de un medio ambiente ecológicamente equilibrado.

## Palabras clave

Teoría de los bienes comunes; Teoría de la Emancipación; Socio-ambientalismo.

## 1. Introdução

Neste limiar de século o ambientalismo está posto como desafio aos saberes científicos, legitimamente constituídos; e mais, vindica uma nova racionalidade para a compreensão deste fenômeno insurgente que se apresenta como resquício da ordem estabelecida dos séculos precedentes: as construções epistemológicas arregimentadas sob a égide cartesiana moderna. A saber, várias das manifestações jurídicas e políticas remanescentes, tais como, Direitos Humanos, Dignidade da Pessoa Humana, Princípio do Mínimo Existencial, dentre outros, postulam hoje uma hermenêutica ambiental.

Nesse diapasão, Ambiente e Sociedade urgem conciliação na medida em que necessita-se de uma nova compreensão de conceitos como progresso, desenvolvimento, dignidade, além da tríade revolucionária: liberdade, igualdade e fraternidade, tendendo cada vez mais ao constitucionalismo ocidental, de forte acento liberal atentar para o Princípio Constitucional do Meio Ambiente Ecológicamente equilibrado, consagrado no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, na ânsia de contemplar a crescente judicialização do espectro político. Destarte, pululam movimentos de cunho popular, oriundos da sociedade civil, sistematicamente ordenados ou não, que buscam dialogar frente ao paradigma econômico mundial.

Aqui se buscará tratar de dois desses: a Teoria dos Bens Comuns, fundamentada por Ugo Mattei (MATTEI, 2013), que se refere ao movimento social que se originou na Itália, a partir de vários grupos sociais, com força de poder constituinte na medida em que coloca na pauta jurídica novos limites à propriedade privada; ou, limites à privatização de bens coletivos (no Brasil estão juridicializados como bens difusos); e a Teoria da Emancipação, de herança marxista, fundamentada *a priori* no ensaio Sobre a Questão Judaica (MARX, 2010), que, em seguida, se desenvolveu no pensamento de Max Horkheimer,

na sua obra Teoria Tradicional e Teoria Crítica (HORKHEIMER, 1975) e que se apresenta hoje no pensamento de Boaventura Souza Santos, na obra Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social (SANTOS, 2007) – estes são apenas fragmentos da genealogia emancipatória.

## 2. Desenvolvimento

A Teoria dos Bens Comuns e a Teoria da Emancipação dialogam de alguma maneira com o movimento ambientalista emergente, sobretudo no que se chama de socioambientalismo: fusão dos paradigmas econômico, social e ambiental. Será no horizonte crítico à estatização dos bens comuns sob o argumento de que o homem médio não é capaz de gerir seu *ethos* social, dada sua condição não emancipada, que se analisará estes institutos de manifestação popular para se considerar a possibilidade de uma nova racionalidade pluralista que seja capaz de inverter a lógica da regulamentação global para atender demandas locais.

O discurso hegemônico disseminado na lógica política e jurídica está ameaçado pela força de corporações globais que encampam matrizes de governabilidade pautadas na eficiência e no progresso para subverter a concepção política patrimonialista. Assim, empresas multinacionais se apropriam de bens comuns (ou públicos, de todos) com a preleção gerencial de regular a economia mundial sob o pretexto de que se deve produzir bens de consumo em larga escala para que mais pessoas satisfaçam sua ânsia por cidadania.

Esta noção reducionista imperialista colide com limites impostos pela natureza, em primeiro lugar, e por pessoas das mais diversas realidades que vindicam sua autoafirmação no espaço público. Junto a frenesi da multidão que associa, por um lado, cidadania, acesso, bem-estar à possibilidade de participação da lógica especulativa do risco econômico, de outro buscam denunciar este modelo nocivo que está comprometendo a natureza e a sua própria espécie.

Correlato a estas premissas introdutórias, devemos tratar, como dito acima, dos dois caminhos possíveis de denúncia: Teoria dos Bens Comuns e Teoria da Emancipação - o primeiro assentando na dicotomia patrimonialista e o segundo na impossibilidade de fruição da condição humana e política na sua excelência.

A Teoria dos Bens Comuns busca superar a antinomia que se apresenta entre a propriedade pública e a propriedade privada. Esta surge da indagação: pode o gestor público, governo, liquidar os bens públicos, da coletividade? Qual o preço da água? Ou, antes, a quem pertence a água? São questões que desafiam a ordem política na medida em que as privatizações expropriam a coletividade e invertem a noção de bem comum, haja vista que bem comum não pode ser cotizado monetariamente para fins de gestão *eficiente* de governabilidade, tão pouco exercer a função de *equilíbrio* econômico.

Tratamos, pois, de uma teoria que concatena analiticamente quatro acepções:

“a) a estrutura do sistema de recursos comuns; b) os atributos e o comportamento do grupo de usuários; c) as regras de acesso e uso que os usuários utilizam para manejar o recurso comum; e d) os resultados obtidos pela adoção dessas regras e pelo comportamento dos usuários”. (OSTROM, 1990 apud CUNHA, 2004, p. 19):

A tradição liberal constitucional garante ao proprietário privado instrumentos jurídicos de garantia ao seu patrimônio, porém não protege a coletividade da ação expropriadora do Estado que transfere para a propriedade privada aqueles da coletividade. Assim, Ugo Mattei, sugere por meio do Movimento Social dos Bens Comuns, um limite a estas transações:

The Italian *beni comuni* movement is not only a powerful example of the way in which social movements are emerging as an important form of constituent power at the level of the nation-state, but also at the supranational level to limit of transnational actors in the absence of a transnational form of representative government. (MATTEI, p. 968).

Esta dupla limitação sugerida acima, com relação ao Estado e à ordem global, internacional, são exemplos de como o avanço corporativo deve ser limitado sob pena de privação dos bens comuns. Por exemplo, empresas multinacionais compram nascentes de água para que possam lucrar na sua escassez com o argumento de que estão a fazer um bem social de proteção coletiva quando, em verdade, buscam egoisticamente o lucro e olvidam de qualquer zelo com a Teoria da Solidariedade Intergeracional que, como se sabe, sustenta-se, perfunctoriamente, na preocupação incessante da preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações vindouras, tratando, assim, os bens ambientais não como fonte inesgotável de riqueza e sim, acertadamente, como uma riqueza que pertence à humanidade. Nesse sentido

A preservação do meio ambiente está obrigatoriamente focalizada no futuro. Uma decisão consciente para evitar o esgotamento dos recursos naturais globais, em vez de nos beneficiarmos ao máximo das possibilidades que nos são dadas hoje, envolve necessariamente pensar sobre o futuro. Entretanto o futuro pode ter uma dimensão de médio ou longo prazo, enquanto a preocupação relacionada ao interesse das gerações futuras é, necessariamente, de longo prazo e, sem dúvida, um compromisso vago. (...) A mudança global que está ocorrendo no momento afeta não só os recursos naturais, mas também os recursos culturais humanos que foram acumulados durante milhares de anos. Esses recursos consistem, por exemplo, de conhecimentos de povos indígenas, de registros científicos ou até mesmo de películas que se deterioraram com o passar do tempo. Fatores psicológicos e éticos explicam nossas reações a tais questões. Nossa

primeira reação pode ser genética, instintiva. Todas as espécies vivas procuram instintivamente assegurar sua reprodução, e os mais desenvolvidos entre elas também fazem a provisão para o futuro bem-estar de seus descendentes. A história humana é testemunha dos constantes esforços dos seres humanos para proteger não somente suas próprias vidas, mas também para garantir o bem-estar e melhorar as oportunidades para sua prole. Os cuidados instintivos com as crianças e netos fazem parte da natureza humana. (KISS, 2004):

A tradição ocidental moderna se assentou na dupla relação entre Estado-propriedade privada, resguardando a noção liberal de John Lock de que é necessário proteger o particular diante do Estado. Porém, a proposta de Mattei é dar o passo à compreensão inversa, do Estado perante a coletividade (titular dos bens comuns). Para tanto, vindica uma nova moldura constitucional capaz de cumprir com a função de proteção dos bens públicos frente ao Estado neoliberal e ao poder privado das grandes corporações globais.

Nessa esteira, a proteção aos bens comuns surge da luta pela garantia do espaço coletivo como lugar de fruição da cidadania, administrado pelo governo. Neste ponto, tal teoria se aproxima da agenda ambiental na medida em que busca romper com o complexo modelo industrial que avança sobre a natureza com o objetivo de dominá-la, transformá-la e dispô-la como produto.

A Teoria dos Bens Comuns alcançou seu ápice quando, em 2009, Elinor Ostrom os tratou como *comuns*, na obra *A governança dos comuns*, recebendo o Nobel da economia. Porém, seu potencial crítico ficou ameaçado por resistências à posição central dos comuns entre as categorias do político e do jurídico. Surge daí uma nova controvérsia, chamada de *tragédia dos comuns*, uma vez se constatou o inverso da teoria dos bens comuns, quando a multidão superexplora tais bens levando-os à exaustão. Isto é, se antes o perigo estava na privatização do bem agora se situa na apropriação deliberada pela coletividade, seus titulares.

Assim, os intelectuais preferiram um caminho alternativo, de tratar os bens comuns como lugar do não direito. Utilizaram a imagem de “uma pessoa convidada para um banquete que se alimenta muito mais de que precisa para acumular calorias à custa dos outros”, no entanto essa imagem carece de correspondência com o real; pois só se pode constatar esse cenário numa sociedade não emancipada. Ora, o contrário também é previsível, e com efeitos muito mais drásticos: quando uma empresa multinacional compra todas as nascentes de água que perfazem seu capital sob a chancela da concessão do Estado; buscam possuir o máximo de recursos à custa da coletividade.

Leciona Rodotá:

La evidencia empírica muestra un derecho y una política convertidos en instrumentos de gestión de lo cotidiano, con la transformación del

derecho en mandato ocasional y de la política en administración. (2010, p. 29)

Nesse diapasão, a teoria dos bens comuns corre o risco de ser absorvida por discursos jurídicos e ambientais pouco eficientes, quando geridos por corporações que objetivam lucros, como, por exemplo, não direito ou sustentabilidade. O primeiro denuncia que direito e política deveriam se unir em um projeto comum de bom governo, com gestão eficiente dos recursos naturais e limites à gestão estatal dos bens coletivos, dentre outros; o segundo, embora seja um conceito da década de 80, cunhado no Relatório de Brundtland, tem sido frequentemente assumido como possibilidade de se agregar valor às marcas globais por meio de eficiente mecanismo de marketing.

Justamente nesse ponto surge o tão comentado Princípio do Desenvolvimento Sustentável que busca, em assertiva superficial, a busca pelo crescimento econômico sem, contudo, olvidar-se da preservação ambiental:

“O principal desafio deste século – para os cientistas sociais, os cientistas da natureza e todas as pessoas – será a construção de comunidades ecologicamente sustentáveis, organizadas de tal modo que suas tecnologias e instituições sociais – suas estruturas materiais e sociais – não prejudiquem a capacidade intrínseca da natureza de sustentar a vida” (CAPRA, 2005, 17).

Soma-se a essas indagações o modelo constitucional que está disposto potestativamente; o conceito de soberania popular que desafia a lógica liberal; e a força hegemônica contra o constitucionalismo econômico, por meio do combate às privatizações. É preciso fazer ecoar os direitos fundamentais da coletividade tal qual é indispensável repensar a razão moderna que abriu o *cofre* dos recursos naturais, pós-revolução industrial, dissipando os bens comuns. O modelo de ciência que opera a extração e a expropriação desses recursos para fins comerciais se associou a uma visão equivocada de progresso.

No entanto, este modelo fundamentado no discurso iluminista teve como grande inspiração a possibilidade de o homem romper com o mito medieval – religioso – e ser capaz de gerir autonomamente sua condição vital de existência, conhecendo por sua própria inteligência e tendo como fruto a ação discernida desse saber. Alguns séculos depois se percebe que o homem continua envolvido pelo mito de que existe fora de si. Nessa perspectiva se buscará tratar da emancipação como instância dessa limitação e como desdobramento da teoria dos bens comuns – uma vez que este postula vocabulário emancipatório.

A Emancipação, conforme já mencionado acima, está fundamentada em Karl Marx e articulada como princípio universal da Teoria Crítica, sistematizada por Max Horkheimer, e posteriormente Boaventura Souza Santos e outros teóricos críticos. Sua intenção é

romper com a alienação ideológica e sugerir um novo modelo de razão desenvolvimentista, centrada na autoconsciência do sujeito, isto é, do homem emancipado. Nesse sentido,

A finalidade da teoria crítica é definida pelo seu princípio básico – a possibilidade da emancipação. O conhecimento é o meio para se realizar um projeto de fronteiras com proporções muito mais largas, muito mais profundas. Aliás, nenhum elemento isolado, sob o ponto de vista da teoria crítica, torna-se suficiente para compreensão social. O que é central na compreensão da sociedade é sempre resultado da relação de suas várias dimensões, portanto, é o todo social. Horkheimer ultrapassa a questão do conhecimento em si e expande sua análise às condições históricas nas quais se gera o conhecimento. Neste caso, seria mais preciso afirmar que a teoria crítica analisa as condições em que ao conhecimento impõem-se limitações a fim de dar forma a um tipo determinado de conhecimento com ênfase no status de cientificidade. O curioso é que justamente os elementos reivindicados para garantirem a cientificidade são, do ponto de vista crítico, aqueles que afastam a possibilidade de se tornar um conhecimento, de fato, científico, quais sejam, a neutralidade do sujeito em relação ao objeto, a objetivação absoluta do objeto, o isolamento do objeto em relação à realidade na qual deveria permanecer inserido (SILVA REIS, 2013).

Para tanto, é preciso delinear a emancipação enquanto luta em desfavor às relações de opressão e alienação, e fim à relação manipuladora do homem com a natureza, a partir da desnaturalização crítica dos processos sociais. Como se iniciou este texto sugerindo uma reconciliação entre sociedade e natureza, o viés emancipatório que se utilizará será na perspectiva socioambiental emergido de uma visão de totalidade do ambiente em estrita relação ao social.

Ademais, a Emancipação Socioambiental indica uma confluência dos espaços público e privado resignificando o modelo clássico de liberdade para outro justificado na irrupção do social, que traz uma fusão indistinta das duas realidades tão bem delineadas na antiguidade, conforme afirma Hannah Arendt (2011): “o social é a fusão do público e do privado”.

Têm-se ainda outras perspectivas emancipatórias que não serão objeto deste texto (a jurídica, por exemplo) por não corroborar com a hipótese delimitada: de uma nova racionalidade crítica à estatização dos bens comuns sob o argumento de que o homem médio não é capaz de gerir seu *ethos* social, dada sua condição não emancipada. Assim, a Emancipação Socioambiental indica alguns caminhos possíveis; aqui será abordado dois: o primeiro de uma ruptura da estatização das relações sociais e humanas; e a segunda, derivada da primeira, da potencialidade do sujeito autoconsciente.

A centralidade do Estado moderno se estabeleceu em três pilares fundamentais: jurídico, político e econômico. Desde a Revolução Francesa, que suscitou uma nova forma

constitucional capaz de agregar esta tríade sob o baluarte da liberdade experimenta-se consequências nefastas para o que hoje o próprio ente estatal apregoa aos seus cidadãos – o homem criou o Estado e este o submeteu –. Todas as manifestações emancipatórias deste modelo – por exemplo, Direitos Humanos, de alguma maneira fracassaram em virtude de enredar sujeito e objeto no mesmo horizonte ideológico. Assim,

É bem verdade que essa “liberdade” não nasce, no entreabrir da Modernidade, como uma conquista produzida por uma iniciativa única, tampouco universal. Demandaria em sequência a luta pela abolição do tráfico, da mercantilização e da escravidão de estrangeiros, em especial do africano. O paradigma do cidadão - homem livre - apto ao exercício da autonomia da vontade constitui, entretanto, uma das precondições para que a Revolução Industrial se desenvolva por meio do trabalho juridicamente livre e ajustado mediante consentimento. O itinerário será robustecido, na França, pelo advento da Lei Le Chapelier (1791), que pôs termo às corporações de ofício medievais, às coligações empresariais e também de trabalhadores. Esse diploma indica que o trabalhador juridicamente “livre”, enaltecido pelo ideário liberal da Revolução Francesa, é por excelência o indivíduo (FREITAS JR., 2014).

E por este sistema não favorecer a emancipação, cada vez mais pessoas se tornam dependentes da gestão pública como forma de subsistência, que, por sua vez, sofisticou-se e alcançou o patamar biopolítico, em que a própria vida humana se tornou seu principal algoz de manipulação e interesse político. Nessa esteira, o jurídico se transformou em instrumento indispensável ao modelo de civilização pautada na prestação de serviços, de cunho assistencialista, e gestão eficiente de contenção e equilíbrio econômico.

Levantar a voz a não estatização pode parecer anacrônico se a governabilidade assume a condição primordial de administrador burocrático da *res* pública e privada, pois ambas não estão dissociadas. Porém, o que advoga a teoria dos bens comuns e sua potencialidade emancipatória é justamente a compreensão acertada do que se pode chamar de contenção estatal: não em relação ao Estado perante o indivíduo, mas, ao contrário, do indivíduo perante o Estado. Uma mostra recente disso foi a Rio+20 (Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Sustentável) que aconteceu alijada da Cúpula dos Povos (Movimento paralelo à Conferência *oficial*, conhecida como Contra-Conferência) em que a produção de conhecimentos locais, a partir de realidades concretas não foi sequer ouvida para a confecção do documento *O futuro que queremos*.

O futuro que se quer é de um sujeito emancipado? Mas emancipado de quê e de quem? Sem dúvida da dominação estatal, porém, com maior acento, da dominação econômica neoliberal das grandes corporações multinacionais que estão submetendo o Estado ao risco global especulativo dos índices econômicos, que representam a insolvência do

projeto moderno político e jurídico. Lógica que promove o descontrole estatal em relação aos interesses comuns por limitar a ação de seus cidadãos.

Em segundo lugar, e na continuidade da desestatização, surge outro elemento fundamental que é a autoconsciência do sujeito, e que exige uma hermenêutica nova para abordar a relação sujeito-objeto; se o objeto conduz o sujeito à sua consciência, é preciso inverter esse processo: o sujeito conduzir o objeto à sua consciência. Isto é, fazer cumprir o principal argumento da modernidade, e sob o qual todos estão articulados: fazer o homem conhecer pela sua própria inteligência e, assim, discernir sua opção.

A emancipação posta dessa maneira significa um enorme desafio ao que se pode compreender atualmente por *mercado*, em que maiorias dos processos econômicos do ocidente estão articulados como forma de promoção da indução ao estilo de vida capaz de satisfazer as condições necessárias de uma sociedade justa. Já não cabe ao indivíduo escolher entre duas possibilidades antagônicas, mas entre duas possibilidades que coincidam na sua expectativa, de geração de lucros e transferência de riquezas. A respeito do chamado consumismo ressaltamos:

Pode-se dizer que o “consumismo” é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, “neutros quanto ao regime”, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais. O “consumismo” chega quando o consumo assume o papel-chave que na sociedade de produtores era exercido pelo trabalho. Como insiste Mary Douglas, “a menos que saibamos porque as pessoas precisam de bens de luxo [ou seja, bens que excedem as necessidades de sobrevivência] e como os utilizam, não estaremos nem perto de considerar com seriedade os problemas da desigualdade (BAUMAN, 2008, p. 41).

Assim, várias das manifestações contrárias a esse *monstro* social tem sido denunciadas, mas muitas também tem sido cooptadas, inclusive o discurso ambiental: optar pela sustentabilidade, por formas de vida condizentes à natureza do Cosmos, tem se demonstrado pela opção verde que empresas agregam às suas marcas, aos seus rótulos. Pouco se sabe o que faz esta ou aquela empresa, se apenas o mínimo de sua produção atende às especificações que autorizam o *slogan* verde, porém utilizar o objeto (meio) verde faz com que a opção do sujeito seja conscientemente satisfeita.

Autoconsciência vai além dessa tendência mercadológica, busca um conhecimento ético, pautado em modo de vida que expresse a dimensão socioambientalista como forma

de manifestação consciente no uso dos bens comuns, na opção atrativa do objeto livre do condicionamento imposto.

O vocabulário da emancipação, sobretudo este de inclinação socioambiental, coincide com os pressupostos da teoria dos bens comuns. Ou seja, o que se postula em *comuns* é justamente a luta emancipatória de reconhecimento da coletividade como titular de um direito que está sobrestado pela representação governamental que não reconhece entre seus cidadãos a capacidade de gestão destes bens. A responsabilidade pela construção de um Estado Socioambiental deve perpassar pelos princípios norteadores da Democracia que, justamente, possui como premissa a homenagem máxima ao interesse da sociedade, ainda que, lamentavelmente, colidam com a gestão da *res publica*. Nesse sentido:

A dúvida se torna um círculo vicioso. Com a arte de negociar interesses comuns e destinos compartilhados caída em desuso [...] e com a ideia de “bem comum” [...] sendo marcada com as marcas da suspeita, da ameaça, da nebulosidade e da tolice, a busca por segurança em uma identidade comum – ao invés de em um acordo de interesses comuns – emerge como a mais sensata, efetiva e produtiva maneira de proceder; porém, as preocupações com a identidade e suas defesas contra a poluição fazem da ideia de interesses comuns [...] a mais incrível de todas e também a mais fantástica, sendo a habilidade e a vontade para persegui-las as características menos prováveis de aparecerem. (BAUMAN apud SANTOS, 2012)

Se emancipação está fundamentalmente remetida à condição de fruição humana e política do espaço público, de forma corresponsavelmente ética, entre iguais (entende-se coletividade), a teoria dos bens comuns corrobora de maneira imprescindível a esta compreensão sistêmica de organização popular. Ademais, esta se mostra como elementar à noção de reconciliação entre sociedade e natureza, uma vez que a titularidade social do bem natural é relacional, em que limites jurídicos são interpostos, utopicamente, como contingência ao exercício não da cidadania, mas das empresas multinacionais que expropriam o ambiente e alienam o cidadão.

Quando tratamos de Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, o papel do Estado e do Cidadão na construção de uma sociedade que respeita preceitos constitucionais torna-se pujante, pois, parte-se do princípio fundamental da Solidariedade, onde todos são responsáveis (Estado e Ser Humano) por atitudes que busquem preservar o meio ambiente sem, contudo, olvidarem da busca pelo desenvolvimento econômico.

Com efeito, dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil:

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.

...

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Constituição espanhola dispõe em seu artigo 45:

Art 45.1 Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

45.2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

45.3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Ressalte-se, ainda que na Espanha foi publicada em 2007 a Lei 26 que trata exclusivamente da Responsabilidade por Danos ao Meio Ambiente, dispondo no primeiro parágrafo do seu preâmbulo, assinado pelo Rei Juan Carlos I:

El artículo 45 de la Constitución reconoce el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado como condición indispensable para el desarrollo de la persona, al tiempo que establece que quienes incumplan la obligación de utilizar racionalmente los recursos naturales y la de conservar la naturaleza estarán obligados a reparar el daño causado con independencia de las sanciones administrativas o penales que también correspondan.

Analisando os textos das Constituições brasileira e espanhola conclui-se que todos, Estado de cidadãos, tem o dever de preservar o meio ambiente.

Ora, analisando a Teoria dos Bens Comuns e a Teoria da Emancipação a partir dos preceitos constitucionais colacionados, conclui-se, inexoravelmente, que em verdade, ainda que a afirmação seja utópica, o papel do Estado e do cidadão devem se conciliar, pois o interesse deveria convergir na busca da preservação ambiental intergeracional, bem como, na indiscutível necessidade da maximização do desenvolvimento econômico.

Em homenagem ao disposto, surge na Diretiva 2004/35, que em seu artigo 7º, 1, impõe que se identifique “potenciais medidas de reparação e apresenta-las à autoridade competente, para aprovação (...).” Assim, nesse caso, “decidir das medidas de reparação a

aplicar, nos termos do Anexo II, se necessário, com a cooperação de operador em causa.” (UNIÃO EUROPEIA, 2004)<sup>1</sup>

Ao tomar essa decisão, a autoridade competente deve atender, nomeadamente, à natureza, à extensão e à gravidade das diversas situações de dano ambiental em causa, bem como às possibilidades de regeneração natural. Os riscos para a saúde humana também devem ser tomados em consideração.” (UNIÃO EUROPEIA, 2004)<sup>2</sup>

Importa também destacar que

Em relação aos danos ambientais, a presente directiva (*sic*) deve aplicar-se a atividades (*sic*) ocupacionais que apresentem riscos para a saúde humana ou o ambiente. Essas atividades (*sic*) devem, em princípio, ser identificadas por referência à legislação comunitária pertinente que prevê requisitos regulamentares em relação a certas atividades (*sic*) ou práticas consideradas como suscitando um risco potencial ou real para a saúde humana ou o ambiente.” (UNIÃO EUROPEIA, 2004)<sup>3</sup>

Nesse caso, como já dissemos, resta à humanidade construir uma teoria de responsabilidade ambiental, mudando de paradigma no tocante à aplicação do princípio de poluidor-pagador, para uma ética do humano, nos dizeres de Boff, abarcada na solidariedade planetária, evitando-se, pata tanto a irresponsabilidade degradadora do ser humano racional e irracional pela depredação do meio ambiente, uma vez que preservar os recursos naturais para as gerações vindouras, não é apenas uma questão de sustentabilidade, mas também uma questão de justiça e de equidade, bem como uma imperatividade ético-moral, pois saber cuidar é um comando que deve nortear o ser humano em seu agir comportamental para com o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Portanto, a articulação crítica dessas duas perspectivas abordadas, e complementares, vindicam a grafia do sujeito como protagonista de sua história existencial e política, por isso este breve ensaio provoca a uma leitura ampliada da autonomia autoconsciente, em que cada um e todos são autores de sua escrita: *Sei que Deus mora em mim como sua melhor casa, sou sua paisagem, sua retorta alquímica, e para sua alegria, seus dois olhos, mas esta letra é minha.* (Adélia Prado, 2009)

### 3. Conclusões

A Teoria dos Bens Comuns analisa as divergências filosóficas, jurídicas e políticas entre a propriedade privada e o bem público, tendo por principal escopo a superação de

1 Cf. Diretiva 2004/35, art. 7º, 1.

2 Cf. Diretiva 2004/35, art. 7º, 3

3 Cf. Diretiva 2004/35, Preâmbulo, (8).

entendimentos que apresentam uma inviabilidade de existência pacífica desses domínios. Com isso, busca ressaltar que, em verdade, o que deve conduzir a lógica jurídica e a administração pública nos seus atos de gestão é o interesse de todos, de forma paritária.

A Teoria da Emancipação, fundamentada em Karl Marx e sistematizada por Max Horkheimer, tem por objetivo apresentar um contra-modelo – que na linguagem de Boaventura Souza Santos é contra-hegemônico – desenvolvimentista, baseado na autoconsciência do indivíduo, sustentando, pois, que uma vez constatado que o homem detém certo *esclarecimento*, este deve se conduzir com liberdade.

Portanto, ambas as teorias se inserem na tradição da Teoria Crítica a partir de seu princípio de orientação à emancipação, que descende do pensamento marxista, e se articula à nova hermenêutica ambiental contemporânea. A degradação do ambiente está relacionada ao modelo político-jurídico liberal que sustenta, em distintas Cartas Constitucionais, o progresso como utopia legítima para subtrair a relação original homem-natureza.

Dessa forma, pode-se apontar a Emancipação com viés Socioambiental, que perpassa pela análise da Teoria dos Bens Comuns e dos teóricos acima apontados, uma vez que busca articular o social e o ambiental a partir de uma visão holística da sociedade, com potencial de agregar a fundamentação filosófica e, por conseguinte, jurídica, na medida em que a Ciência do Direito tem por papel, dentre outras, a análise da organização do Estado.

Não obstante, constatada a importância da construção de um modelo de Estado pautado pela Emancipação – em contrapartida ao de Regulação –, demonstramos a consequência jurídica do desrespeito à preservação ambiental, quer pelos cidadãos, quer pela gestão pública, no que tange ao ambiente, bem tutelado pelas constituições espanhola e brasileira, bem como, por todos minimamente conscientes de sua responsabilidade perante a preservação para a atual e futuras gerações de um ambiente ecologicamente equilibrado.

#### 4. Referências

- ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra**. Petrópolis: Vozes, 1999.

- CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas**: Ciência para uma vida sustentável. CIPOLLA, Marcelo Brandão, tradução. São Paulo: Cultrex, 2005.
- FREITAS JR., Antônio Rodrigues. **O trabalho à procura de um direito: crise econômica, conflitos de classe e proteção social na Modernidade**. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142014000200006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142014000200006&script=sci_arttext)> Acesso em: 11 maio 2015.
- HORKHEIMER, Max. **Teoria Tradicional e Teoria Crítica**. São Paulo: Abril Cultural. (Col. Os Pensadores, vol XLVIII), 1975.
- KISS, Alexandre. Os Direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Organizadores e Co-autores). **Princípio da Precaução**. Belo Horizonte: Del Rey e ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União, 2004.
- MARX, Karl. **Sobre a questão Judaica**. São Paulo: Boitempo, 2010.
- MATTEI, Ugo; BAILEY, Saki. Social Movements as Consttuent Power: The Italian Struggle for the Comons. Indiana University Maurer School of Law. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 20, Issue 2, 2013.
- MATTEI, Ugo. **Por uma Constituição baseada nos bens comuns**. Disponível em <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1065>>. Acesso em: 11 maio 2015.
- MATTEI, Ugo. **Uma breve genealogia dos “bens comuns”**. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/44117-um-breve-genealogia-dos-bens-comuns>. Acesso em: 11 maio 2015.
- NOBRE, Marcos. **Curso Livre de Teoria Crítica**. 3ª edição. Campinas: Papirus, 2013.
- OSTROM, E. **Governing the commons: the evolution of institutions for collective action**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- PRADO, Adélia. **Direitos Humanos**. In: Oráculos de Maio. São Paulo: Record, 2007, p. 73.
- RODOTÀ, Stefano. **La vida y las reglas**. Entre el derecho y el no derecho. Traducción de Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social**. São Paulo: Boitempo, 2007.
- SANTOS, Guilherme Ferreira. **Análise do Discurso Crítica e Emancipação: contribuições a partir da visão de Bauman**. Disponível em <[http://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/SANTOS\\_GUILHERME\\_FERREIRA.pdf](http://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/SANTOS_GUILHERME_FERREIRA.pdf)> Acesso em: 11 maio 2015.

SILVA REIS, Francisco das Chagas. **A Emancipação em Horkheimer e Adorno e a crítica de Habermas**. Disponível em <<http://www.ufpi.br/subsiteFiles/eticaepistemologia/arquivos/files/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Francisco%20das%20Chagas%20-%20Final.pdf>> Acesso em 07/05/2015.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2004/35 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e Reparação de danos ambientais. Disponível em: <<http://www.isp.pt/winlib/cgi/winlib.exe?skey=&pesq=2&doc=14371>> Acesso em: 11 maio 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007.

Especiais agradecimentos à FAPEMIG (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais) pelo apoio financeiro recebido pelo autor Elcio Nacur Rezende na participação deste evento na cidade de Madrid/Espanha.

# ALTERNATIVAS LATINO-AMERICANAS PARA CRISE AMBIENTAL GESTADAS ALÉM DO CAPITALISMO

---

JEANETH NUNES STEFANIAK

Doutora em Direito pela PUC/PR, coordenadora do grupo de pesquisa Direito e Sustentabilidade, professora adjunta da Universidade Estadual de Ponta Grossa – PR.

## Resumo

Este estudo objetiva analisar propostas constantes nas legislações latino-americanas quanto ao tratamento dado à natureza e que se contrapõe ao modo de produção capitalista, hoje hegemônico, com lógica de reprodução destrutiva, com expansão incessante, produzindo grave crise ambiental onde o planeta encontra-se imerso. A constituição do Equador e a Lei da Mãe Terra da Bolívia, são experiências revolucionárias, pelo formato dado a sustentabilidade, numa complexidade ambiental, tratam a terra como ser vivo de fundamental importância a manutenção da existência humana, recriam a ética de responsabilidade no relacionamento com o meio ambiente. A natureza assim concebida possui direitos tutelados sob o princípio do *in dubio pro* meio ambiente, como interesses superiores criando mecanismos que garantam esse modo alternativo de vida, denominado *bem viver*, distinto do *viver melhor* das sociedades contemporâneas de orientação capitalista.

## Palavras-chave

Sustentabilidade; Crise ambiental; Bem viver.

## Abstract

This study aims to analyze some proposals contained in the laws Latin American for the treatment of nature and which opposes the capitalist mode of production, currently hegemonic, which have a destructive logic of reproduction, incessant expansion produced serious environmental crisis in which the planet is immersed. The constitution of Ecuador and the Law of Mother Earth in Bolivia, constitute revolutionary experiences in seeking a new format for sustainability, considering the environmental complexity, treats the earth as a living being and fundamental to the maintenance of the human existence, recreating the ethics of responsibility in the relationship with the environment. The nature so conceived has rights that must be protected on the basis of *in dubio pro* environment, placing environmental concerns at a higher hierarchical level, besides creating

several mechanisms to ensure that alternative mode of living, there called good life, which distinguished contemporary societies live better on capitalist liberal guidance.

## Key words

Sustainability; Environmental crisis; Good life.

## 1. Introdução

Apesar da supremacia do projeto econômico capitalista, alguns povos não alinhados a um discurso único, ou na perspectiva de Mészáros<sup>1</sup>, para além do capital revolucionam o debate contemporâneo apresentando um conjunto de ideias que antagonizam com àquelas propostas emanadas no modo de produção atualmente hegemônico. Assim, alternativas que consideram a complexidade da questão ambiental apresentam-se como possibilidades que merecem análise criteriosa, pois, emergem de experiências que estão sendo gestadas escapando do fundamentalismo mercantil e da crença de que o atual estágio da vida humana, sob a ótica da economia representa efetivamente o fim dos tempos. Fundamenta-se ainda na busca de um outro modo de viver e, por uma outra globalização, conforme concepção teórica de Santos<sup>2</sup>.

Sob um manto ideológico se produz a crença de que o discurso único prevalece e se solidifica de tal modo que nenhuma outra experiência é possível. O mundo globalizado, conectados, interligados, no mercado global, a homogeneizar econômica, política e socialmente todos os povos, num culto ao individualismo e ao consumo, propagandeiam que o capital é permanente e universal, numa espécie de determinismo desse estilo de vida.

A despeito do avanço sem precedentes dessa formação social, com a presença dos atores hegemônicos em todos os cenários, com ascendência já consumada, e, o capital por se apresentar como um sociometabolismo<sup>3</sup> incontrolável, este sistema econômico é essencialmente destrutivo em sua lógica. A mercadorização da vida humana, exige uma reprodução constante que conduza a expansão ilimitada do sistema produtivo. O limite do capitalismo é, no entanto, o limite da natureza, porque a natureza é um sistema fechado, que não pode se ampliar, e, assim fisicamente se constitui num obstáculo a essa auto reprodução.

1 Mészáros, István. **Para além do capital: rumo a uma teoria da transição**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009.

2 Santos, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 18.

3 Marx entende por metabolismo social o processo por meio do qual a sociedade humana transforma a natureza externa e, ao fazê-lo, transforma sua natureza interna. A ação de transformar a natureza externa constitui o processo de trabalho, e seu efeito sobre a natureza interna se manifesta na forma como se estabelecem as relações sociais de produção.

O surgimento de alternativas ao modo de reprodução metabólica do capital é urgente frente a crise estrutural do sistema. Segundo a perspectiva de Santos, pode-se compreender o mundo sob três óticas: um pela forma como nos fazem vê-lo, ao que ele denominada de globalização como fábula, cuja ideal é uniformizar a tudo e a todos no grande mercado global, sempre na perspectiva de perpetuação do capital; o segundo modo, designado de globalização como perversidade, onde o mundo pode ser visto como ele é com toda a sorte dos efeitos maléficos da evolução negativa da humanidade, alastrando-se pelos territórios e finalmente pode-se olhar o mundo como ele pode ser, ou nas exatas palavras desse saudoso professor, uma outra globalização, mais humana, onde o avanço tecnológico e o conhecimento científico estariam a serviço de outros objetivos, com fundamento em valores sociais e políticos baseada numa sociodiversidade dos povos, alicerçada no resgate das relações locais.

## 2. A Crise Ambiental: o Colapso da Racionalidade Econômica

A crise ambiental é fruto das atividades humanas, que ao longo dos dois últimos séculos ignorou o chamado limite ecológico, ou a resiliência do planeta, conforme Veiga<sup>5</sup>, a possibilidade de um colapso é iminente. A percepção do adensamento da crise está evidenciada em fatores tais como a explosão demográfica, a degradação ambiental e o estabelecimento do debate em torno da necessidade de limitar o crescimento econômico, assim esta crise é global porque o problema ambiental não reconhece barreiras geográficas, se expande além-fronteiras e agride o planeta como um todo<sup>4</sup>.

Questões envolvendo, por exemplo, o aquecimento global e as mudanças climáticas dele oriundas, são aspectos mais visíveis da proporção da crise ecológica na qual estamos imersos, não sendo, no entanto, a sua única faceta preocupante. O superaquecimento da terra vem sendo acompanhado pelo IPCC – Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas, que divulga relatórios sobre a temperatura média da Terra que vem aumentando ao longo dos últimos 150 anos.

Apesar da falta de consenso científico acerca dessa elevação mais acentuada da temperatura terrestre, as causas antropogênicas, a ação humana, especialmente a atividade industrial<sup>6</sup>, estão no topo da lista das razões do aquecimento global. A Terra recebe raios solares e devolve grande parte dessa radiação de calor ao espaço, no entanto os poluentes lançados na atmosfera, chamados de gases de efeito estufa<sup>5</sup>, retêm parte da radiação de

4 Conforme dados do IPCC, grandes quantidades de gases têm sido emitidas para a atmosfera desde que começou a revolução industrial, a partir de 1750 as emissões de dióxido de carbono aumentaram 31%, metano 151%, óxido de nitrogênio 17% e ozônio troposférico 36%.

5 Os gases de efeito estufa estão listados no anexo A do Protocolo de Kyoto, assinado em 1997 e, que entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005, são os seguintes: dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>); metano (CH<sub>4</sub>);

calor, causando assim a elevação da temperatura do planeta. Os dados do IPCC<sup>6</sup> demonstram que ao longo do século XX, a temperatura da terra se elevou em torno de 0,6°C e que prognósticos indicam que até o ano de 2100 a temperatura do ar e da superfície terrestre se eleve entre 1,4 a 5,8°C se comparado com o ano 1990 e que a média da temperatura do mar se eleve em 0,99°C em todo o mundo<sup>7</sup>.

Apesar de muitas vozes se levantarem contra as previsões consideradas catastróficas, extremistas e que para alguns chegam a ser até fantasiosa ou ficcionista, da possibilidade de destruição do planeta, mesmos estes descrentes, não negam a existência de grandes problemas ambientais, tais como a redução da camada de ozônio, o aquecimento global, causado pela emissão dos gases de efeito estufa, e as transformações que tais fatores veem causando ao meio ambiente, a ameaça é real e global.

Para Lovelock a situação do planeta Terra aproxima-se de um estágio crítico e, suspeita que pouca coisa possa ser feita para evitar o ritmo de destruição, para o qual a humanidade caminha, ou seja, a situação é irreversível, no tocante ao aquecimento global e seus efeitos devastadores sobre todos os modos de vida no planeta.

### 3. A Limitação das Propostas Capitalistas para Contenção da Crise Ambiental

Apesar dos prognósticos sombrios para o futuro da Terra, a história da humanidade, demonstra que nas situações de emergência se buscam alternativas e assim tem ocorrido com a questão ambiental: nas últimas décadas muitas propostas têm sido elaboradas na tentativa de refrear a degradação ecológica. O desenvolvimento sustentável se constituiu numa dessas propostas que buscam conciliar a necessidade de desenvolvimento econômico da sociedade contemporânea, e a proteção ambiental, e por assim ser, o desenvolvimento sustentável, se tornou um paradigma do desenvolvimento, além do desenvolvimento sustentável, em seu complemento emerge ainda o debate sobre a internalização das externalidades positivas e negativas, que equivale a computar os benefícios, quando positiva ou custos ocultos, quando negativa e imputá-los ao seu responsável econômico e conforme Montibeller-Filho<sup>8</sup>, as externalidades ambientais exigem um mercado ecologicamente equilibrado, a grande questão, que será explorada no capítulo três, diz respeito às potencialidades de implementação dessa proposta.

---

óxido nitroso (N<sub>2</sub>O), hidrofluorcarbonos (HFCs), perfluorcarbonos (PFCs) e hexafluoreto de enxofre (SF<sub>6</sub>).

6 Intergovernmental Panel on Climate Change. <http://www.ipcc.ch/pdf/supporting-material/expert-meeting-detection-anthropogenic-2009-09.pdf>.

7 Conforme dados constantes em <http://www.ipcc.ch/pdf/climate-changes-2001/impact-adaptation-vulnerability/impact-spm-ts-sp.pdf>.

8 Montibeller-Filho, 2001, **O mito do desenvolvimento sustentável**: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. Florianópolis: Editora da UFSC, 2001., p. 86..

Outra possibilidade também de discutível eficácia, são os tributos ecológicos, que se constituiriam em instrumento a serem utilizados pelos Estados, como objetivo de promover a tutela ambiental. Esta opção de política ambiental, já vem sendo utilizada na Europa, que tributa atividades empresariais potencialmente poluidoras, ou por outro lado, as que promovem a proteção ambiental, podem ser beneficiárias de incentivos fiscais, estas medidas em tese permitiriam uma maior conservação ambiental e contribuiriam para um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esta proposta de tributação ambiental, bastante polêmica é viabilidade bastante duvidosa, no que respeita ao escopo de sustentabilidade ambiental.

Estas propostas, entre outras, têm um caráter de complementariedade ao desenvolvimento sustentável, e suas hipóteses de aplicação permitiriam a humanidade prosseguir na caminhada do desenvolvimento, mas de modo harmônico e integrado com o meio ambiente, estas propostas, umas mais que outras ganham foros de unanimidade, porém na mesma medida crescem os posicionamentos críticos no sentido de que são medidas insuficientes ao controle da crise ambiental. Assim, a temática da preservação, assume a cada dia uma importância maior, tanto que no final do século XX e início do século XXI, tais propostas passam a permear discursos, programas e projetos políticos. Porém, a dúvida que resta, é se elas são capazes de tirar o planeta Terra e a humanidade da rota de destruição em que se encontram?

O direito ao meio ambiente equilibrado, hodiernamente visto como um direito humano fundamental e de caráter universal, numa perspectiva de que uma nação isoladamente não pode conter o avanço da degradação ecológica, sendo necessárias ações globais, medidas que envolvam o planeta como um todo, pois a destruição ambiental, na esteira da economia capitalista não encontra barreiras ou obstáculos ao seu avanço.

Apesar dessa percepção de mundo, o discurso da necessidade do crescimento econômico prevalece, e mesmo com toda a ênfase que dê ao aspecto econômico da trajetória da humanidade, com a aceleração do processo produtivo, este não conseguiu reduzir o quadro de desigualdade social global. Esta constatação evidencia a impotência da racionalidade econômica em oferecer soluções para os problemas recorrentes da modernidade mal acabada.

#### **4. No Equador um Novo Olhar sobre a Natureza**

O Equador em julho de 2008 aprovou sua nova Constituição com grandes inovações, sendo que, alguns dispositivos constitucionais revolucionam o modo de se tratar a natureza, caracterizando a Terra, como ser vivo e a ela destinando direitos, tais como o direito a vida e a garantia da reprodução de seus processos naturais. A Constituição Equatoriana ao transformar a relação com meio ambiente pode vir a se constituir num novo paradigma para legislação ambiental.

O artigo 71<sup>9</sup> da norma constitucional trata a natureza, a terra, a qual denomina de Pachamama<sup>10</sup> como um organismo vivo, por excelência, já que é a partir dela que se reproduz todas as outras formas de vida, supera assim o tratamento da natureza como uma coisa ou um mero bem jurídico, ou ainda na perspectiva capitalista, como uma mercadoria, que pode servir a interesses egoísticos privados, em detrimento do interesse coletivo.

Ao reconhecer direitos à natureza a Constituição adota outro paradigma para o desenvolvimento social e econômico, preconizando uma economia social e solidária, que envolverá especialmente setores cooperativistas, associativos e comunitários, de modo a distribuir melhor o resultado do processo produtivo, além de estimular o consumo responsável. Do ponto de vista axiológico, a intenção do legislador é promover o ideal comunitário, gestando-se inclusive um novo formato de propriedade, nem pública nem privada, mas comunitária, em detrimento do individualismo e dos interesses privados.

Nesta linha de raciocínio a lei maior do Equador quer se constituir num novo pacto social, numa relação intercultural, resgatando e reconhecendo oficialmente as línguas ancestrais *quechua* e *shuar*, que a partir da norma constitucional estão incorporados como idiomas oficiais do país.

Além do artigo 71, a Constituição Equatoriana, traz em seu título VII a adoção dos princípios da doutrina do bem viver<sup>11</sup>, que se constitui na promoção de uma forma distinta de relacionar-se com outros seres humanos e com a natureza profundamente diferente do modo de existir dos países capitalistas centrais. A ideia principal é resgatar valores históricos e culturais dos povos andinos<sup>12</sup>. Opõe-se a ideologia da acumulação desmedida e desnecessária que aniquila tudo que aparece como obstáculo à sua expansão. O bem viver antagoniza com o viver melhor, da cultura capitalista, porque este busca o crescimento contínuo, através do produtivismo, para que poucos possam ter uma vida melhor, em detrimento da maioria.

A base da proposta do bem viver é a retomada do modo de vida dos ancestrais dos povos andinos, determina uma transformação radical no relacionamento com a natureza,

9 Art. 71.- *La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y El mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.*

10 Marés, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Fabris Editor, 2003. Esclarece que diversas culturas consideram a Terra uma divindade e lhe dedicam tributo. Algumas a denominam de pai, pátria e outras de mãe, *Pacha Mama*, que é como os quechuas a chamam porque a representam na forma de uma mulher que traz ao colo uma criança.

11 O bem viver constitui-se numa política de sociedade sustentável, não sob a ótica da economia, mas do equilíbrio de todas as formas de vida, onde o que interessa é a manutenção de todos os ciclos de vida, não só a vida humana, estas propostas envolvem a comunidade como um todo, como guardiães do patrimônio natural.

12 Cultura oriunda dos índios que compõem a América Andina, formada pelos países da América do sul, atravessados pela Cordilheira dos Andes: Chile, Bolívia, Peru, Equador, Colômbia e Venezuela.

dada a importância que esta assume para esta formação cultural. A natureza como organismo vivo e fonte de toda vida, deve ser respeitada em sua amplitude e complexidade e, assim a Constituição do Equador regula a diversidade e recursos ambientais através do reconhecimento de princípios ambientais estabelecidos em seu artigo 395<sup>13</sup>, objetivando o compromisso comunitário na defesa da natureza, fazendo prevalecer os direitos ambientais, sempre que pairar dúvidas acerca da aplicação dessas normas, numa perspectiva do *in dubio pro natura*, com aplicação efetiva, colocando a natureza do ponto de vista hierárquico, no ápice da pirâmide e, em especial quando houver colisão de interesses.

Além da busca do pacto comunitário em favor da natureza, a Constituição Equatoriana preconiza sanções severas contra as agressões ao meio ambiente, caracterizando estes atos delituosos contra o meio ambiente, como imprescritíveis, permitindo assim a punição de crimes ambientais a qualquer tempo.

Em outros dispositivos constitucionais se observa a preocupação com a soberania nacional, quando a constituição veda expressamente a aquisição de propriedade por estrangeiros em áreas de segurança nacional ou de proteção ambiental<sup>14</sup>.

Um ideal do bem viver está presente ainda em outros artigos que preconizam a política voltada para a arborização, reflorestamento e o resgate do solo, com incentivo a agricultura, contrárias a monocultura e ao uso de biotecnologias experimentais que possam colocar em risco o equilíbrio ambiental. Seu uso deve ser fortemente controlado pelo Estado.

A questão dos recursos hídricos aparece com veemência no texto constitucional, com vedação a possibilidade de privatização e às atividades que possam afetar a qualidade da água, priorizando a manutenção de ecossistemas e consumo humano racional, em detrimento de atividades econômicas<sup>15</sup>. As alterações climáticas também foram objeto de regulamentação constitucional, em que o legislador constituinte estabeleceu a necessidade de ações concretas do Estado voltadas para a redução de emissões de gases de efeito estufa, independentemente de outros compromissos internacionais.

13 Art. 395.- *La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales:*

1. *El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.*

2. *Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional.*

3. *El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.*

4. *En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.*

14 Art. 395 da Constituição.

15 Art. 411 da Constituição.

Em consonância com esta nova visão ambiental, o meio ambiente artificial deve transformar-se para complementar os direitos da natureza, especialmente no tocante aos meios de transportes, com incentivo a utilização de ciclovias e outros meios não motorizados. A criação de mais áreas verdes para lazer da população deve ser priorizada, num resgate de valores do bem viver.

A Constituição do Equador se reveste de fundamental importância quando lança um olhar para natureza como um organismo vivo que é, e ao assim tratá-la, determina que o relacionamento humano com o meio ambiente deverá sofrer profundas transformações. A natureza por esta ótica não pode ser considerada uma mercadoria, pois representa a essência da vida. A Constituição Equatoriana inova e pode se constituir num novo paradigma para a humanidade, para a construção de uma sociedade ecológica em toda a sua complexidade.

## 5. Na Bolívia uma Lei a Favor da Mãe Terra

A Bolívia<sup>16</sup> revoluciona o debate acerca da questão ambiental, aprovando a denominada Lei da Mãe Terra, onde estabelece diversos direitos à natureza, que tem como foco a transformação da relação humana com a natureza, buscando-se estabelecer uma relação orgânica, que procure ver e tratar a natureza de modo diferenciado daquele que o sistema capitalista historicamente estabeleceu, agredindo e explorando-a e produzindo a grave crise ambiental onde a humanidade encontra-se imersa.

A lei aprovada originalmente trazia 11 artigos que engloba especialmente esse relacionamento homem e natureza, tendo como pressuposto a ideia de que a natureza não precisa do ser humano para viver, já o homem não pode sobreviver sem a natureza.

Os direitos estabelecidos em favor da Mãe Terra são os seguintes: direito à vida, o direito da continuação de ciclos e processos vitais livres de interferência humana, o direito a água e ar limpos, o direito ao equilíbrio, e o direito de não ter estruturas celulares modificadas ou alteradas geneticamente. Ela também vai assegurar o direito da Nação de não ser afetada por grandes estruturas e projetos de desenvolvimento que afetem o equilíbrio de ecossistemas e das comunidades locais, além de condenar o consumismo indiscriminado criado pela sociedade capitalista, por se constituir no maior inimigo do meio ambiente.

Os defensores da lei da Mãe Terra declaram que esta lei significa o ressurgimento da cultura indígena andina que coloca a Terra e o meio ambiente no centro da vida, e por se

---

16 Em meio a uma profunda reestruturação do sistema legal boliviano, como reflexo da mudança constitucional que o país aprovou em 2009, está em tramitação no Legislativo do país a proposta de se aprovar um conjunto de leis para garantir os direitos da Mãe-Terra. A proposta é equiparar o meio ambiente aos seres humanos, numa espécie de extensão da Declaração Universal dos Direitos Humanos aos animais, plantas etc. Com isto, o governo do presidente Evo Morales diz acreditar que o país fará uma revolucionária mudança na história da Humanidade.

constituírem no eixo central de onde emana toda a vida, esta deve possuir direitos específicos que agora se encontram positivados na lei.

A lei da Mãe Terra se baseia igualmente nos princípios do bem viver que basicamente se opõe ao viver melhor, com valores voltados para um modelo de vida mais ecológico, com resgate da história, vestimenta, alimentação, idioma dos povos andinos que valorizam especialmente os bens naturais.

A essência da proposta da nova lei a favor da Mãe Terra é a de retomar conceitos ancestrais tais como a vida em comunidade, o respeito a mulher e aos outros, a sabedoria oriunda da experiência, priorizar a complementariedade entre os seres vivos, distribuindo racionalmente os recursos naturais, especialmente a água, combinar os alimentos conforme as estações do ano, reincorporar a agricultura à vida das comunidades, enfim uma sociedade distinta sem exclusão, reconhecendo mais que direitos humanos, direitos cósmicos<sup>17</sup>.

A lei da Mãe Terra, com fundamentos éticos, tem como característica a perseguição dos seguintes valores: priorizar a vida, em todas as suas formas, harmonizando-as para que existam equilibradamente; O respeito a diferença, sem qualquer tipo de discriminação ou submissão, a todos povos e culturas; A valorização cultural, pressupõe o respeito aos costumes e a experiência dos ancestrais; Distribuição equitativa dos recursos naturais, condenando-se a acumulação de riquezas em mãos de poucos. A questão da água assume grande relevância, neste debate, por se constituir num recurso natural finito e de grande importância para todas as formas de vida; O equilíbrio com a natureza não pressupõe somente o viver bem em comunidade, pois exclui outras formas de vida, assim o que se deve garantir é a harmonia dos seres vivos; Saber comer, a importância da alimentação para os seres humanos é vital, e encontram-se desvirtuada em prol de uma cultura globalizada, desrespeitando o ciclo natural de produção de alimentos, num mundo globalizado se impõe o consumo da moda, de *fast foods*, ignorando hábitos ancestrais; inclui ainda o saber beber e saber dançar, saber trabalhar, numa referência clara ao resgate cultural; Retomar o *abya ayala*, que equivale a reconstituição do ideal da formação comunitária entre os povos, com base na solidariedade; A vida em comunidade, nessa perspectiva do bem viver, exige a superação da democracia liberal, mesmo num viés de democracia participativa, mas numa outra dimensão de compromisso coletivo com os destinos de todos; Finalmente a recuperação dos recursos naturais degradados, restabelecendo o equilíbrio

17 Discorre David Choquehuanca, ministro das Relações Exteriores da Bolívia e especialista em cosmologia que: “Para os que pertencem à cultura da vida, o mais importante não é o dinheiro nem o ouro, nem o ser humano, porque ele está em último lugar. O mais importante são os rios, o ar, as montanhas, as estrelas, as formigas, as borboletas (...) O ser humano está em último lugar, para nós o mais importante é a vida”, in: [http://planetasustentavel.abril.com.br/blog/planetaturgente/bolivia-cria-lei-mae-terra-287125\\_post.shtml](http://planetasustentavel.abril.com.br/blog/planetaturgente/bolivia-cria-lei-mae-terra-287125_post.shtml), consulta em 29.09.2011.

do meio ambiente, opondo-se a utilização irracional dos recursos ambientais; fortalecimento da soberania na defesa dos bens naturais ante à expansão das grandes corporações.

Observa-se que os valores constantes na elaboração da Lei da Mãe Terra, preconizam o rompimento com o modo de viver capitalista, porque esta não vislumbra a satisfação direta de necessidades humanas, almeja tão somente o lucro. Esta lei pode vir a estabelecer obstáculos à expansão capitalista e a homogeneização da economia, da política, da ética e da cultura.

A aplicação da lei depende ainda do estabelecimento de representantes que manejem os direitos nela previstos, assim, dispõe sobre a criação de uma defensoria da Mãe Terra, cujas atribuições serão definidas por lei complementar, mas que objetivamente tutelar a natureza em toda a extensão dos direitos estabelecidos em favor desta, em especial com a finalidade de permitir a regeneração da natureza degradada pelos longos períodos de exploração, e finalmente, para possuir eficácia, a lei veda a mercantilização e a monetarização dos bens ambientais.

Tanto a Constituição do Equador como a lei a favor da Mãe Terra da Bolívia, possuem características comuns no sentido de resgatar a diversidade cultural, fundamental para realizar o enfrentamento à crise ambiental. Segundo Foladori<sup>18</sup> a perda da diversidade cultural é uma das importantes dimensões da crise ecológica, porque o capitalismo necessita destruir todas as formas de produção para atender a sua necessidade expansionista, para impor mercado para suas mercadorias produzidas, além de amoldar a força de trabalho de minorias étnicas dentro das necessidades do processo produtivo. Assim, a homogeneidade cultural tem sido a marca da sociedade industrial capitalista.

As alternativas, Equatoriana e Boliviana podem vir a se constituir em um novo paradigma a transformar o relacionamento do ser humano com a natureza, se revestindo já de grande importância porque permite lançar um novo olhar sobre a natureza, como organismo vivo que é, superando sua mercadorização imposta pelo capitalismo, o que efetivamente coloca a questão ambiental num outra esfera de reflexão, escapando do debate estreito e perverso da lógica do capital.

## 6. Conclusões

A constatação de que a lógica produtivista e mercantil da civilização capitalista industrial conduz a humanidade a um colapso ecológico é evidente e objetivamente detectável a partir dos sucessivos desastres ecológicos ocorridos nas últimas décadas. O sistema capitalista não consegue ler outro signo a não ser o da sua reprodução em busca do lucro,

---

18 Foladori, Guillermo. **Limites do Desenvolvimento Sustentável**. Tradução Marise Manuel. Campinas: Editora da Unicamp, 2001, p. 189.

mesmo que para atingir seus objetivos seja necessário destruir as condições próprias de existência. A natureza por sua vez possui recursos que não se submetem a à lógica e aos ciclos econômicos.

A dominação da natureza impõe-se inicialmente como necessidade de sobrevivência humana e termina por se constituir na grande ameaça a continuidade da vida humana no planeta. Os recursos naturais degradados ao longo dos séculos de exploração intensa pelas forças produtivas correm o risco de se extinguírem. Assim o capitalismo destrói efetivamente as próprias condições, e coloca em risco a manutenção de todas as formas de vida no planeta.

O movimento ecologista ocupa papel de fundamental importância para o avanço da conscientização da questão ambiental, denunciando a gravidade da crise ambiental e os riscos de um colapso iminente. No entanto, os ecologistas, mesmo as correntes que se autodenominam críticas padecem de limitações nas análises acerca do principal causador dos problemas que ameaçam o planeta, que é o modo de produção e consumo da sociedade capitalista. Além do diagnóstico restrito, pecam no que tange as soluções propostas para a busca de soluções para superar o avanço da destruição do meio ambiente. Todas as soluções desde a busca de um desenvolvimento sustentável, a criação de mercados para bens e serviços ambientais e a criação de tributos ecológicos, todos sem exceção buscam alternativas dentro do capitalismo, sem conseguir olhar para além do capital, mesmo numa visão crítica, e o que se pode chamar de crítica possível<sup>19</sup>.

James O'Connor<sup>20</sup> nesta linha de raciocínio esclarece que a sustentabilidade é uma questão ideológica e política, antes mesmo de ser um problema ecológico e econômico, acentuando o caráter ambíguo do desenvolvimento sustentável e a da impossibilidade de se universalizar tais formas de desenvolvimento econômico.

A ineficácia das propostas capitalistas para superar a crise ambiental resulta no surgimento de um pensamento que vai além da crítica possível formulada no contexto do mundo capitalista, são os chamados ecossocialistas, que conforme Lôwi<sup>21</sup> trata-se de uma corrente de pensamento e de ação ecológica que faz suas aquisições fundamentais no

19 Lówy, Michael. **Ecologia e Socialismo**. São Paulo: Cortez, 2005, p. 46: “O problema é que as propostas feitas pelas correntes dominantes da ecologia política européia são muito insuficientes ou levam a becos sem saída. A sua principal fraqueza é ignorar a conexão necessária entre o produtivismo e o capitalismo, o que leva à ilusão do ‘capitalismo limpo’ ou de reformas capazes de controlar os excessos (como, por exemplo, as eco-taxas). (...) Os ecologistas se enganam se pensam que podem fazer a economia da crítica marxiana do capitalismo: uma ecologia que não se dá conta da relação entre ‘produtivismo’ e lógica do lucro está fadada ao fracasso – ou pior, à recuperação pelo sistema”.

20 Sociólogo, Economista y Professor de Sociologia e Economia na Universidade da Califórnia. Editor da revista “*Capitalism, nature, socialism*”. In: *¿Es posible el capitalismo sostenible?*, p. 4. <http://www.iade.org.ar/uploads/c87bbfe5-a8b1-62cf.pdf>, consulta em 03.10.2011.

21 Idem, p. 47.

marxismo, superando a visão estritamente produtivista que pode impedir a construção de uma teoria e prática que efetivamente olhasse de modo crítico tanto a lógica do mercado e do lucro, como o autoritarismo burocrático da experiência do denominado socialismo real, que se mostraram totalmente incompatíveis com a preservação ambiental.

A constatação de que o modo de produção e de consumo dos países capitalista avançados, conduzem a um esgotamento dos recursos naturais e expõe os ecossistemas a toda sorte de poluente. Assim sendo, as condições de vida propiciadas pelo sistema capitalista não podem e não devem ser globalizadas, sob pena da antecipação do colapso ecológico e, mesmo porque, o sistema capitalista se alimenta da manutenção da desigualdade existente entre as nações desenvolvidas e as subdesenvolvidas ou em desenvolvimento. Em segundo lugar, a impossibilidade da perpetuidade da expansão capitalista é flagrante e ameaça a sobrevivência da espécie humana.

Assim, não há como construir uma racionalidade ecológica em se mantendo a racionalidade mercantil-industrial, pois estas são antagônicas<sup>22</sup>. As propostas para frear a crise ambiental no âmbito do sistema capitalista são mitos ou fábulas, desprovidas de qualquer efeito prático. Mesmas as ações em andamento oriundas de medidas que se autodenominam ecologicamente corretas, ou de economia verde, não possuem qualquer eficácia dentro da magnitude da crise ambiental.

As crises no sistema capitalista são cíclicas e em regra são gerenciadas pelo Estado, que desde o advento da modernidade, ocupa papel central, ocorre, no entanto, que as condições gerais desse modo de produção conduzem a crises cada vez mais acentuadas, atingindo limites insustentáveis, como no caso ambiental, onde a ação regulatória do Estado se torna impotente.

A solução para a crise ambiental encontra-se claramente na reorganização do modo de produção e consumo, estabelecida a partir das necessidades reais da população e em consonância com a preservação ecológica, ou seja, com base em critérios não ligados às leis do mercado capitalista ou ainda por um comitê burocrático que determine interesses ou objetivos.

Essa transformação da humanidade exige uma economia de transição com controle total do mercado e com o estabelecimento de um novo modelo de produção. Para o que

---

22 Montibeller-Filho, Gilberto. **O mito do desenvolvimento sustentável: Meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias**. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2001, p. 184: “A relação capital-natureza apresenta tendência de ser cada vez mais antagônica nos sucessivos estágios do capitalismo – mercantilismo; capitalismo industrial-liberal e concorrencial; monopolista; e monopolista transnacional. A ética interna do capitalismo é a conquista da natureza, em nome da necessidade do desenvolvimento, este visto como aumento da produção. No capitalismo expandido, a ética e a da dominação da natureza, no sentido de subjugar-la ao capital”.

Lôwi<sup>23</sup> denomina de uma nova civilização, para além do reino do dinheiro, subvertendo hábitos de consumo artificialmente induzidos pela publicidade e da produção ao infinito de mercadorias nocivas ao meio ambiente, exemplificando com a necessidade criada pelo mercado mundial, de que cada pessoa deva ter seu carro individual.

Em síntese, Lôwi<sup>24</sup> ao elencar as bases para a construção de uma sociedade ecossocialista, esclarece que estas propostas, por se fundamentarem em uma nova ética, podem se constituir em pontos de convergência entre movimentos sociais emancipatórios, que em regra atuam em frentes ligadas a lutas específicas, em torno de interesses de classe<sup>25</sup> para os quais foram criados.

Modificar padrões de consumo exige uma revolução no modo de vida da humanidade, envolvidos e comprometidos com uma sociedade que tenha por finalidade viver bem e em harmonia com a natureza, delineando-se um novo estilo de vida. Lef<sup>26</sup> trabalha a categoria do resgate da soberania dos povos em detrimento da soberania do consumidor instalada pela globalização econômica. Essa soberania dos povos exige resgate de processos históricos e culturais para estabelecer regras de coesão e solidariedade social que definirão necessidades e desejos dentro de organizações culturais diferenciadas. Só assim se pode reverter a lógica homogeneizante do mercado globalizado.

A busca de um novo modelo de produção, a revolução nos hábitos de consumo, aliados ao estabelecimento de alternativas energéticas baseados em recursos naturais renováveis<sup>27</sup>, economicamente de custo mais elevado, porém ambientalmente necessárias, a

23 Lowi, 2005, p. 53.

24 Idem, 2005, p. 61: “- a promoção de transportes públicos – trens, metrô, ônibus, bondes – baratos ou gratuitos como alternativas para o abafamento e a poluição das cidades e dos campos pelo carro individual e pelo sistema de transportes rodoviários;

- a luta contra o sistema da dívida e os ‘ajustes’ ultraliberais impostos pelo FMI e pelo Banco Mundial aos países do Sul, com consequências sociais e ecológicas dramáticas: desemprego em massa, destruição das proteções sociais e das culturas de viveres, destruição dos recursos naturais para a exportação;

- defesa da saúde pública, contra a poluição do ar, da água (lençóis freáticos) ou dos alimentos pela avidez das grandes empresas capitalistas;

- a redução do tempo de trabalho como resposta ao desemprego e como visão da sociedade que privilegie o tempo livre em relação à acumulação de bens”.

25 Resgatamos aqui noção conceitual de movimento social que norteou a organização de trabalho anterior de que “os movimentos sociais são traduzidos na ação transformadora de grupos pertencente a uma determinada classe social que se organizam, com interesses mais ou menos homogêneos e tendo por objetivo a construção de uma nova realidade, que produzem a evolução de uma sociedade”. Stefaniak, Jeaneth Nunes. **Propriedade e função social: perspectivas do ordenamento jurídico e do MST**. Ponta Grossa: UEPG, 2003, p. 90.

26 Lef, Enrique. **Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 236.

27 Lôwi, p. 55, “A revolução energética, a substituição das energias não-renováveis e responsáveis pela poluição e envenenamento do meio ambiente – carvão, petróleo e combustíveis nucleares – por energias ‘leves’ e renováveis: água, vento, sol”.

rearticulação do setor de transporte, tendo como critérios as necessidades sociais e ecológicas, se constituindo em medidas restritivas para o uso de veículos indiscriminadamente pela população, considerando a construção ideológica da importância do carro individual na sociedade de consumo. A vida contemporânea está intransitável, pelo número de veículos em circulação, pelos acidentes cada vez mais comuns e pelo ar irrespirável das cidades capitalistas.

Além dos problemas enfocados na organização da economia, fica o alerta de Foster<sup>28</sup>, de que os socialistas ambientais devem se preocupar com uma questão muito maior que é o destino da terra e das suas espécies, pensando a ecologia como uma teoria mais ampla, como processo de mudança envolvendo contingência e co-evolução para entender a complexidade das necessidades humanas e da sustentabilidade do planeta.

As propostas para além do capital tais como, por exemplo, aquelas baseadas nos ideais do bem viver, devem estar atentas para a perspectiva do conteúdo da propriedade privada individual, dos meios de produção, que se mostraram absurdamente antiecológica e a sua manutenção impede qualquer possibilidade da construção de uma sociedade ambientalmente equilibrada. As leis equatoriana e boliviana, já dispõem de uma ideia preliminar do resgate de uma propriedade comunitária, associativista ou na forma cooperativa, nos moldes das organizações de seus ancestrais, que pode se constituir num primeiro passo para a efetiva transformação desse instituto jurídico.

Analisando o arcabouço teórico das propostas que desejam superar a visão capitalista para realizar o enfrentamento efetivo da crise ecológica, se pode concluir que superar o modo de produção de mercadorias, sob a ótica do produtivismo ilimitado e com finalidade exclusiva de obtenção de lucro é mais que um caminho a ser seguido, pois já se constitui numa necessidade para a humanidade e para o planeta, saírem da rota do colapso iminente. Se há caminho alternativo? Os povos indígenas andinos podem mostrar alguns.

## 7. Referências

- AMARAL, Paulo Henrique. **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- ANTUNES, Ricardo. Apresentando o livro de Mészáros, István. **A crise estrutural do capital**. 2. ed. ver. e ampliada. São Paulo: Boitempo, 2011.
- ASSIN, Mário Luis. VASELY, Fernando Farias. **Ambientes glaciais**. Disponível em: <http://www.geologia.ufpr.br/graduacao/deposicionais/ambientesglaciais.pdf>. Acesso em 10 ago 2011.

28 Foster, John Bellamy. **A ecologia de Marx: materialismo e natureza**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 347.

- BARRAL, Welber; FERREIRA, Gustavo Assed. Direito Ambiental e desenvolvimento. In: BARRAL, Weber; PIMENTEL, Luiz Otavio (Orgs.). **Direito Ambiental e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Antony; LADH, Scott. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BESSA, Paulo, apresentando a obra de PASUKANIS, E.B. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da política: A Filosofia e as Lições Clássicas**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- BOFF, Leonardo. **A opção terra: a solução para a terra não cai do céu**. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- CAMARGO, Ana Luiza de Brasil. **Desenvolvimento Sustentável – dimensões e desafios**. Rio de Janeiro: Papirus, 2003.
- CHOQUEHUANCA, David. Disponível em: [http://planetasustentavel.abril.com.br/blog/planetaurgente/bolivia-cria-lei-mae-terra-287125\\_post.shtml](http://planetasustentavel.abril.com.br/blog/planetaurgente/bolivia-cria-lei-mae-terra-287125_post.shtml). Acesso em: 29/09/2011.
- COASE, Ronald. **The problem of social coast**. Disponível em: <http://www.ordemlivre.org/node/293>. Acesso em: 02/09/2011.
- COSTA, Lucia Cortes. **Os impasses do Estado Capitalista: uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil**. Ponta Grossa: UEPG; Cortez, 2006.
- DALY, Herman. **A economia é um subsistema do ecossistema**. Entrevista ao Instituto Humanitas Unisinos, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, de São Leopoldo - RS, em 15.08.2011.
- DEMO, Pedro. **Introdução à Metodologia da Ciência**. São Paulo: Atlas, 1987.
- DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981.
- \_\_\_\_\_. **Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra**. Tradução de Rosa Camargo Artigas e Reginaldo Forti. São Paulo: Global, 1985.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

- FOLADORI, Guillermo. **Limites do Desenvolvimento Sustentável**. Tradução de Marise Manuel. Campinas: Editora da Unicamp, 2001.
- FOSTER, John Bellamy. **A ecologia de Marx: materialismo e natureza**. 2.ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.
- GALEANO, Eduardo. **Quatro mentiras sobre o meio ambiente**. Disponível em: <http://ponto.outraspalavras.net/2011/05/17/eduardo-galeano-aponta-quatro-mentiras-sobre-ambiente/>. Acesso em: 13/09/2011.
- GARCIA, Edmundo et al. **Água – esperança e futuro**. Disponível em: <http://books.google.com.br/books>. Acesso em 02 set 2011.
- GOIS, Antônio. Muvuca Planetária: Em outubro seremos 7 bilhões. **Folha de São Paulo**, Caderno Ilustríssima, p. 4, 14 ago. 2011.
- \_\_\_\_\_. Agora somos 7 bilhões. **Folha de São Paulo**, Caderno Mundo, p. A26, 30 out. 2001, B.
- GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- HABERMAS, Jurgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.
- HARDIN, Garret. **Tragedy of the commons**. Disponível em: [http://www.garretthardin-society.org/.../art\\_tragedy\\_of\\_the\\_commons](http://www.garretthardin-society.org/.../art_tragedy_of_the_commons). Acesso em: 04 set 2011.
- HARVEY, David. **A produção capitalista no espaço**. São Paulo: Annablume, 2005.
- HAYEK, Friedrich A. **Os fundamentos da Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983.
- HOBSBAWN, Eric J. **A era do Capital: 1848 – 1875**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- \_\_\_\_\_. **A era dos extremos: o breve século XX: 1914 – 1991**. São Paulo: Companhia da Letras, 1995.
- \_\_\_\_\_. **O novo século: entrevista a Antonio Polito**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- INTERGOVERNMENTAL Panel on Climate Change. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/pdf/supporting-material/expert-meeting-detection-anthropogenic-2009-09.pdf>. Acesso em: 09/09/2011.
- LEFF, Henrique. **Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

- \_\_\_\_\_. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade e Poder. 3.ed.. Petrópolis: Vozes, 2001.
- LEFEBVRE, Henri. **A revolução urbana.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo.** Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LOWI, Michael. **Ecologia e socialismo.** São Paulo: Cortez, 2005.
- LOVELOCK, James. **A vingança de gaia.** Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.
- LUKÁCS, Gyorgy. **Ontologia do ser social:** os princípios ontológicos fundamentais de Marx. 1999.
- MACHADO, Paulo Afonso Lemes. **Direito Ambiental Brasileiro.** 9.ed.. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra.** Porto Alegre: Fabris Editor, 2003.
- MARX, KARL. **O Capital:** edição popular. São Paulo: Martins Fontes, 1979.
- \_\_\_\_\_. **O Capital:** Crítica da economia política. Livro 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o Direito:** para a crítica histórica do paradigma civilístico. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990.
- MELO, João Alfredo Telles. **Direito Ambiental, luta social e ecossocialismo.** Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2010.
- MÉSZÁROS, István. **A crise estrutural do capital.** 2.ed.. rev. e ampl. São Paulo: Boitempo, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Atualidade histórica da ofensiva socialista.** São Paulo: Boitempo, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Para além do Capital:** rumo a uma teoria da transição. Tradução de Paulo Cezar Castanheira e Sergio Lessa. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009.
- MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito.** Lisboa: Editorial Estampa, 2000.
- MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. **O mito do desenvolvimento sustentável:** meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. Florianópolis: Editora da UFSC, 2001.
- O'CONNOR, James. ¿Es posible el capitalismo sostenible? In: **Capitalism, nature, socialism** p. 4. Disponível em: <http://www.iade.org.ar/uploads/c87bbfe5-a8b1-62cf.pdf>. Acesso em: 03/10/2011.

- OMM. PNUMA. **Tercer informe de evaluación:** Cambio climático 2001. Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Resumen para responsables de políticas y Resumen técnico. Disponível em: [http://www.ipcc.ch/pdf/climate-changes-2001/impact-adaptation-vulnerability/ impact-spm-ts-sp.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/climate-changes-2001/impact-adaptation-vulnerability/impact-spm-ts-sp.pdf). Acesso em 15 set 2011.
- ONU. **Acuerdos de Cancun.** Disponível em: [http://unfccc.int/meetings/cop\\_16/.php](http://unfccc.int/meetings/cop_16/.php). Acesso em 04 set 2011.
- OTT, Konrad. The case for strong sustainability. In: OTT, Konrad; THAPA, Phillipp (Eds.). **Greifswald's Environmental Ethics.** Greifswald: Steinbecker Verlag Ulrich Rose, 2003.
- PÁDUA, Susana Machado. **Afinal, qual a diferença entre Conservação ou Preservação?** Disponível em: [www.oeco.com.br](http://www.oeco.com.br). Acesso em: 26/07/2011.
- PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich B. **A teoria geral do Direito e o marxismo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1989.
- PERRET, Bernard. **O capitalismo é sustentável?** São Paulo: Edições Loyola, 2011.
- POLANYI, Karl. **A grande transformação:** as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- RELATÓRIO Brundtland. Disponível em: [www.scribd.com/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Português](http://www.scribd.com/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Português). Acesso em: 09/08/2011.
- SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável.** Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Desenvolvimento:** incluyente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 19.ed.. Rio de Janeiro: Record, 2010.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SERRES, Michel. **O contrato natural.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- STEFANIAK, Jeaneth Nunes. **Propriedade e função social:** perspectivas do ordenamento jurídico e do MST. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2003.
- STEFANIAK, João Luiz. **Entre a Miragem e a Utopia:** A Efetividade do Direito Humano e Fundamental à Moradia na Cidade Capitalista. Dissertação (Mestrado) \_ Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2011.
- STEFANO, José Caetano da Silveira. **Externalidades negativas: as abordagens neoclássica e institucionalista.** Revista FAE, Curitiba, v. 9, jul/dez, 2006.

- SOUZA, Marcelo Lopes. **A prisão e a Ágora**: reflexões em torno da Democratização do Planejamento e da Gestão das Cidades. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- TERRA DE DIREITOS. **Pagamento por serviços ambientais e flexibilização do código florestal para um capitalismo “verde”**. Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2011/08/Analise-PSA-CODIGO-Florestal-e-TEEB-Terra-de-direitos.pdf>. Acesso em 02 set 2011.
- TIGAR, Michel e; LEVY, Madeleine R. **O direito e a Ascensão do Capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.
- VEIGA, José Eli. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora Senac, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Desenvolvimento sustentável**: que bicho é esse. Campinas, SP: Autores Associados, 2008.
- VILLEY, Michel. **En torno al contrato, La propiedad y La obligacion**. Buenos Aires: Ediciones Ghersi, 1980.
- \_\_\_\_\_. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WINCKLER, Silvana Terezinha; BALBINOTT, André Luiz. Direito Ambiental, Globalização e Desenvolvimento Sustentável. In: BARRAL, Weber; PIMENTEL, Luiz Otavio (Orgs.). **Direito Ambiental e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

# CONSTRUÇÕES NORMATIVAS NA CIDADE *STANDARD*: VULNERABILIDADES E SUSTENTABILIDADE

---

ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI

Advogada, Professora Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Urbanismo da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal do Rio de Janeiro e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

DENISE BARCELLOS PINHEIRO MACHADO

Arquiteta e Urbanista. Professora Titular da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo e do Programa de Pós-Graduação em Urbanismo da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

## Resumo

A dimensão do atual processo de globalização acaba gerando novas vulnerabilidades, tanto sociais como ambientais, questionando de forma incisiva as perspectivas da sustentabilidade nas cidades contemporâneas. Na perspectiva da eficácia social da norma urbanística o presente estudo estabelece o diálogo entre os campos Direito e do Urbanismo. O Direito à cidade é um conceito chave, estruturante da justiça distributiva e está diretamente associado à qualidade de vida dos habitantes da cidade. A natureza dos direitos que estruturam o Direito à cidade, a exemplo dos direitos do consumidor e do meio ambiente é a sua titularidade indefinida, tratando-se de direitos coletivos e difusos.

## Palavras-chave

Cidade *standard*; Vulnerabilidade; Sustentabilidade; Eficácia social da norma; Direito à cidade.

## Resumen

La dimensión del actual proceso de globalización acaba generando nuevas vulnerabilidades, tanto sociales como ambientales, cuestionando de forma incisiva las perspectivas de la sustentabilidad en las ciudades contemporáneas. En la perspectiva de la eficacia social de la norma urbanística el presente estudio establece el dialogo entre los campos del derecho y del urbanismo. El Derecho a la ciudad es un concepto clave, estructurados de la

justicia distributiva y está directamente asociado a la calidad de vida de los habitantes de la ciudad. La naturaleza de los derechos que estructuran el Derecho a la ciudad, a ejemplo de los derechos del consumidor y del medio ambiente es su titularidad indefinida, se tratando de derechos colectivos y difusos.

## Palabras clave

Ciudad *standard*; Vulnerabilidad; Sustentabilidad; Eficacia social de la norma; Derecho a la ciudad.

## 1. Introdução

O Direito à Cidade<sup>1</sup> é um conceito chave, estruturante da justiça distributiva e está diretamente associado à qualidade de vida dos habitantes da cidade.

Não são direitos individuais que estarão lado a lado, isoladamente, segundo a lógica dos direitos individuais. Com o status de direito coletivo estarão devidamente articulados, imbricados, constituindo um outro lugar, um outro momento do próprio direito à cidade. Feixe de direitos que em virtude da sua articulação redimensiona a capacidade de eficácia social da norma.

A concepção inovadora do projeto urbana está fundada nos atores, nas escalas e nas temporalidades. As temporalidades não estariam restritas ao tempo da realização dos projetos, mas também a que diz respeito à concepção e definições conceituais, dinâmica dos atores no processo, incluindo acordos, financiamentos, exigências administrativas e burocráticas.

Segundo Yanis Tsiomis (2006, p. 78) a cidade constitui uma rede simbólica sancionada onde se combinam relações variáveis de componentes imaginários ou simbólicos com componentes concretos. Assim o projeto urbano qualifica o espaço.

A dimensão tempo-espaço, base dessa abordagem permitirá identificar a dinâmica inerente ao projeto urbano.

“É evidente que a extensão do projeto urbano leva a comportamentos diferentes em relação ao tempo, ao contexto e aos atores. A noção de escala não é apenas quantitativa, mas também qualitativa. Conforme a escala, trabalha-se diferentemente com as ferramentas

1 A Carta Mundial pelo Direito à Cidade formulada por entidades participantes do I Fórum Social Mundial em 2001, bem expressa essa noção: “O Direito à Cidade é interligado e interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente. Inclui, portanto, os direitos à terra, aos meios de subsistência, ao trabalho, à saúde, à educação, à cultura, à moradia, à proteção social, à segurança, ao meio ambiente sadio, ao saneamento, ao transporte público, ao lazer e à informação. Inclui também (...) a garantia da preservação da herança histórica e cultural”.

e também com a *démarche*. Tudo muda com a escala: atores, temporalidades, escalas métricas, técnicas, financiamentos, fases de realização; E o projeto é um exercício sobre as articulações, os encontros entre diferentes situações, às leituras específicas e os métodos aplicados, e também sobre as escalas que ele deve enfrentar. Trata-se, portanto, de um trabalho sobre as articulações entre entidades funcionais, espaciais e as escalas funcionais, sobre a articulação de diferentes abordagens próprias aos campos do conhecimento e das disciplinas que tratam do espaço de todas estas formas. Metodologicamente, devem-se articular os conhecimentos sobre o contexto, as situações que prevalecem e o desenho” (TSIOMIS, 2003, p. 290).

Na mesma perspectiva O caráter estratégico do projeto urbano acontece em duas vias. Além do seu já reconhecido papel estratégico na formulação de planos e políticas públicas, tanto no que se refere ao seu potencial transformador do espaço, como na visibilidade que confere à cidade e aos poderes públicos.

O projeto urbano pode ser definido por sua diversidade de escalas e, como lembram Guy Debord e Henri Lefebvre (1996, 2004), por seu teor técnico e político.

O presente estudo considera relevante explicitar a relação entre o agravamento das vulnerabilidades dos sujeitos, das relações e dos espaços que questionam de forma incisiva as perspectivas da sustentabilidade nas cidades contemporâneas.

Com certeza não deve parecer novidade articular o tema da sustentabilidade com o da vulnerabilidade, aliás, eles constituem temas conexos, pois o senso comum, em via de regra, justifica a necessária sustentabilidade justamente em razão dos riscos inerentes que o planeta vem sofrendo especialmente na sociedade de consumo, a raiz do processo de globalização. Contudo, sem reconhecer ou explicitar esta linha direta entre a lógica uniformizadora da sociedade de consumo, hoje especialmente a de serviços, com a desarticulação entre o homem e o ambiente de seu entorno, neste caso, ressaltamos particularmente, a paisagem.

## **2. O Atual Processo de Globalização na Cidade *Standard***

A dimensão do atual processo de globalização acaba gerando novas vulnerabilidades, tanto sociais como ambientais, logo a relevância em contextualizar situações e sujeitos vulneráveis.

Jorge Riechmann (2000, p. 216), señala que “el orden económico internacional globalizado, lejos de mitigar las desigualdades sociales y los desequilibrios ambientales profundiza la brecha...”.

Mas, se parece fácil estabelecer este necessário dialogo entre os contextos, relações e sujeitos vulneráveis, com o tema de sustentabilidade não se pode dizer o mesmo em

relação ao conteúdo do conceito de sustentabilidade que mesmo podendo ser considerado um conceito aberto ou com textura aberta, dificulta ainda mais o já complexo processo de interpretação.

A suposta imprecisão do conceito sustentabilidade sugere que não exista como é bem razoável, uma hegemonia de discurso. Conforme Henri Acselrad (1999, p. 80), o discurso econômico foi, sem dúvidas, o que melhor se apropriou do conceito de sustentabilidade.

Sobre possíveis consensos, considerando também os conceitos de risco, incerteza e vulnerabilidade o desafio neste diálogo entre os campos do Urbanismo e do Direito entendendo que a dimensão do atual processo de globalização. Em sentido inverso, acaba gerando novas vulnerabilidades, tanto sociais como ambientais.

Milton Santos contextualiza a paisagem mercadoria, como objeto de consumo: “Há um verdadeiro retrocesso quanto à noção de bem público e de solidariedade, do qual é emblemático o encolhimento das funções sociais e políticas do Estado com a ampliação da pobreza e os crescentes agravos à soberania, enquanto se amplia o papel político das empresas na regulação da vida social” (2000, p. 38).

Este processo gera espacialização dos riscos urbanos e fragilizam os direitos que compõem o direito à cidade. Neste sentido, a globalização é *fragmentação* (SANTOS, 2009).

A globalização – confusa e perversa – não é irreversível, ou melhor é passível de reversibilidade ao ser humanizada.

Dessa afirmação não se deve concluir que estaríamos diante de um processo inexoravelmente imposto pela dinâmica da sociedade de mercado, ao contrário, a capacidade de resistência e principalmente de invenção e de produção de novas relações das práticas sociais instituintes constitui, segundo nossa concepção, a grande possibilidade no sentido da eficácia social da norma. Em outras palavras, o filtro humano na nova ética do consumo (BAUDRILLARD, 2000, pp. 168-170).

O único contraponto a este processo, ou seja, o único espaço que ainda mantém unidade e identidade, ou seja, o das práticas sociais.

A paisagem urbana como mercadoria está no plano global, obstáculo que é da proteção do patrimônio cultural. Enquanto a paisagem urbana como humanização<sup>2</sup> do meio

2 Cultura no sentido de humanização da natureza encontramos em Cosgrove, “Paisagem não é meramente o mundo que vemos, é a construção, a composição do mundo. Paisagem é uma maneira de ver o mundo”. (“Landscape is not merely the world we see, it is a construction, a composition of that world. Landscape is a way of seeing the world”) COSGROVE, Denis E. Social Formation and Symbolic Landscape. Wisconsin: Wisconsin Press, 1998. pp.13-14. Já em Marilena Chauí encontramos: “Cultura é, pois, a maneira pela qual os humanos se humanizam e, pelo trabalho, desnaturalizam a natureza por meio de práticas que criam a existência social, econômica, política, religiosa, intelectual e artística” em Chauí, Marilena, Cidadania Cultural, 1ª ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 114.

ambiente natural, está no plano local, possibilidade que é da proteção do patrimônio cultural.

A cidade contemporânea, situada na sociedade de consumo e mercado é vista pelos setores econômicos e em certa medida pelos poderes públicos, cada vez como uma cidade estandardizada<sup>3</sup>. Entretanto a complexidade da cidade contemporânea lhe confere o caráter plural e de fragmentação.

O competente processo de uniformização fruto do processo de sistematização e codificação oriundos dos tempos modernos, se adéquam à dinâmica do processo de globalização. Ultrapassando fronteiras, traz como marca não só a falácia da unidade, mas principalmente mantém um pressuposto árduo no que tange as possibilidades do reconhecimento das diferenças e da sociedade plural e a exigência da uniformização dos sentidos.

A sociedade contemporânea é reconhecida como uma sociedade de risco e contemporaneamente, na sociedade de serviços (CALAIS-AULOY, 1992, p. 155), que emerge da acumulação flexível (HARVEY, 2000), novas formas de vulnerabilidade atingem o cidadão. Os graves efeitos do processo de globalização que instauram flexibilidade e precariedade na relação laboral se somam à inserção também na sociedade de consumo.

A insegurança e a urgência das novas intervenções criam um cenário de vulnerabilidade simbólica que pode ser a chave de entendimento do urbanismo atual. Entender esta complexidade é urgente, pois nos projetos de cidade que se configuram cada vez menos parece haver espaço para o exercício da diferença.

Do reconhecimento desta vulnerabilidade, seja ela jurídica ou científica, fática, científica ou sócio-econômica e informacional (MARQUES, 2002) advém a necessidade de uma proteção especial. A sociedade contemporânea de risco sofre os efeitos do processo de globalização com a uniformização de tudo e de todos e também enfrenta as tensões fruto das exigências do mercado, da incerteza, das rupturas dos princípios e tradições.

Enfrentar o tema da sustentabilidade requer, portanto, sempre um olhar prudente sobre o contexto, uma cautela necessária para manter o espírito científico em alerta.

Segundo esta lógica, se assim podemos dizer, buscamos situar e contextualizar o tema na sociedade contemporânea no caldeirão da cidade standard e suas imbricadas vulnerabilidades.

3 Sobre conceito de cidade *standard* vide CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli In Relatório de Pesquisa projeto Códigos da cidade: análise das interferências jurídico-urbanísticas na cidade *standard*, FAPERJ/PROURB - PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2012.

Entende-se cidade-standard na lógica do mercado mergulhada em *condições de vulnerabilidade crescente realizada a partir da precarização do trabalho e que se concretiza na produção de seu espaço*.

Sendo a sociedade contemporânea caracterizada pela ampla desigualdade e pelas inúmeras vulnerabilidades, tende a aumentar os espaços vulneráveis, os sujeitos vulneráveis e as relações vulneráveis.

Na cidade *standard* o habitante, portanto, adere a uma cidade que não permite diálogo, e sua sobrevivência cada vez mais se constitui em espaços de desigualdade. E na paisagem da cidade *standard* a uniformização predomina sobre a história produzida pelos seus moradores<sup>4</sup>.

Ou seja, a dimensão social pode estar representada pela estandardização da cultura, do consumo, e inclusive da economia local (MUÑOZ, 2008, p. 12). O fato com certeza não constitui em si uma novidade, pois a matriz moderna (adotada tanto no campo jurídico, quanto no campo do urbanismo) foi sempre muito competente na produção de falsas igualdades<sup>5</sup>.

A cidade *standard*, padronizada e pretensamente homogeneizada vem sendo moldada por movimentos aparentemente contraditórios. Parece estranho, para não dizer um contrassenso, mas é possível reconhecer nas cidades *standard* dois movimentos simultâneos: a fragmentação e a uniformização.

A uniformização em outra escala ou face tem sido também uma estratégia/ instrumento competente para padronizar, estandardizar as cidades no “mundo” globalizado. Portanto quando trabalhamos o conceito de cidades *standard* estamos reconhecendo este padrão uniformizador, uma realidade sem identidade.

A fragmentação é uma das características mais fortes das cidades atuais, perpassa o urbanismo, as questões sociais e culturais. Em que pese as diferentes escalas administrativas, a cidade hoje é formada por um somatório de várias cidades, que no território podem ser compartilháveis segundo questões em comum. Mas há também o oposto: a cidade que pertence a um determinado território administrativamente, mas sua comunidade não possui o sentimento de pertencimento da figura representativa que está inserida.

O interprete da cidade deve enfrentar nas suas reflexões o impacto inexorável que o processo de globalização impõe, especialmente, no que tange à uniformização pretendida e alcançada pela sociedade de mercado.

Ocorre na realidade contemporânea um efeito de fragmentação, a exemplo da lógica pós-moderna, das políticas de planejamento e de urbanismo no sentido inverso da proteção

4 “En términos de paisaje urbano, es cada vez más común encontrar similitudes y paisajes estandarizados en ciudades completamente diferentes, con historias, cultura, población nada comunes. Es decir, se tiene la misma impresión en diferentes centro históricos o frentes marítimos en cualquier ciudad”. Vide MUÑOZ, Francesc, *Urbanización: paisajes comunes, lugares globales*, Barcelona, Gustavo Gili, 2008, pp. 12 e ss.

5 Ver, por exemplo, BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

do patrimônio cultural, quando, por exemplo, às esferas municipal, estadual e federal sobrepõem projetos, ações e omissões, ressaltando lacunas mutuamente.

A fragmentação, portanto, tem sido reconhecida como código próprio do movimento de globalização. Constitui também estratégia, pois as partes deslocadas do todo perdem o sentido.

Assim acontece, por exemplo, no caso dos direitos sociais que compõem o Direito à cidade. Evidentemente que a efetividade de um desses direitos é importante e de imediato indica tutela jurídica, entretanto, a realização do Direito à cidade somente ocorre quando, articuladamente, todos os direitos sociais que constituem o feixe de direitos são efetivados.

A fragmentação da norma e da forma, no contexto da globalização, conforme o senso comum reconhece, desmantela unidades, alcança não apenas o âmbito econômico, mas principalmente os âmbitos político e social. Este processo gera espacialização dos riscos urbanos e fragilizam os direitos que compõem o Direito à cidade.

No processo de fragmentação da norma ocorre, necessariamente, uma espacialização, uma ocupação e registro no espaço simbólico do campo jurídico e, simultaneamente, a cristalização de uma nova forma no espaço da cidade. Estabelece-se assim, provavelmente, uma concorrência entre o direito codificado, uniformizador de sentidos, de conteúdos normativos, e o pluralismo intrínseco das práticas sociais instituintes.

Concretamente a fragmentação lança luz na pluralidade, permitindo em um segundo momento a recomposição com o consenso ampliando a dimensão da eficácia social da norma urbanística.

Assim o fenômeno da fragmentação, independentemente de seus efeitos dispersores de direitos e segregador de espaços, pela via da mudança do seu eixo do mercado para o homem, da forma, para o conteúdo, poderá dar visibilidade a novos direitos, novas demandas, construir outros espaços a partir de construções normativas na cidade standard.

Logo a importância da eficácia social da norma urbanística<sup>6</sup>, ou seja, tornar exequível o conteúdo normativo segundo critérios da finalidade, incidência e legitimidade.

Segundo Yanis Tsiomis a cidade constitui uma rede simbólica sancionada onde se combinam relações variáveis de componentes imaginários ou simbólicos com componentes concretos. Assim o projeto urbano qualifica o espaço.

---

6 Vide sobre a eficácia social da norma urbanística CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. “O estatuto epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do Direito à Cidade”. In: COUTINHO, R.; BONIZZATO, L. (Org.). *Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 53-69.

Privilegiar o conceito de cidade visa não só reconhecer e ampliar a abordagem interdisciplinar, mas, principalmente, ganhar um novo olhar, uma nova perspectiva na leitura das relações sociais contemporâneas

O reconhecimento do conflito permanente e da pluralidade é o único caminho, pressuposto mesmo da identificação da vulnerabilidade social, com outras palavras a possibilidade das condições da democracia, do dissenso.

No processo de globalização onde novas vulnerabilidades surgem o Direito volta a ter papel principal na construção da cidadania e da sustentabilidade

A dimensão do atual processo de globalização acaba gerando novas vulnerabilidades, tanto sociais como ambientais questionando de forma incisiva as perspectivas da sustentabilidade nas cidades contemporâneas.

A realidade brasileira remete para um contínuo de possibilidades e obstáculos. As questões urbanas totalmente matizadas pelo processo contínuo de pobreza, conforme Simon Schwartzman (2004) são inúmeras e graves, mas ao mesmo tempo as práticas sociais, têm conseguido direcionar políticas públicas que reconhecem a grave realidade e avançam, não na medida desejável, mas no caminho de diálogos possíveis.

### 3. Conclusões

O presente estudo considera relevante explicitar a relação entre o agravamento das vulnerabilidades dos sujeitos, das relações e dos espaços que questionam de forma incisiva as perspectivas da sustentabilidade nas cidades contemporâneas.

A dimensão do atual processo de globalização acaba gerando novas vulnerabilidades, tanto sociais como ambientais, questionando de forma incisiva as perspectivas da sustentabilidade nas cidades contemporâneas. Na perspectiva da eficácia social da norma urbanística o presente estudo estabelece o diálogo entre os campos Direito e do Urbanismo. O Direito à cidade é um conceito chave, estruturante da justiça distributiva e está diretamente associado à qualidade de vida dos habitantes da cidade. A natureza dos direitos que estruturam o Direito à cidade, a exemplo dos direitos do consumidor e do meio ambiente é a sua titularidade indefinida, tratando-se de direitos coletivos e difusos.

As dimensões ambiental, fundiária, urbanística, regional e político-institucional precisam ser levadas em consideração. Sendo assim, as dinâmicas ambientais participam do processo de desenvolvimento urbano e regional como elementos fundamentais.

A cidade como criação coletiva, plural, tem por exigência a necessária tradução jurídico-urbanística de seus instrumentos. Cabe aos urbanistas e juristas utilizarem sua sensibilidade privilegiada para perceber os significados desta tradução para depois devolvê-los

à população, de forma diversificada, fundindo objetos e normas, de acordo com as necessidades da população. Traduzindo na perspectiva da eficácia social da norma urbanística, estaríamos falando do critério da legitimidade<sup>7</sup>.

Portanto, as interferências jurídico-urbanísticas na cidade standard poderão, ao mesmo tempo, gerar novas reflexões e novas soluções na direção de retomar um caminho para a reconfiguração do direito à cidade como ponto de chegada da reprodução do espaço urbano.

#### 4. Referências

- ACSERALD, H. **Vulnerabilidade ambiental, processos e relações**. In: *Rede Brasileira de Justiça Ambiental*, 1999. Recuperado dia 10 de agosto de 2013, de <[http://www.justicaambiental.org.br/\\_justicaambiental/pagina.php?id=497](http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=497)>.
- BAUDELAIRE, C.; RUSKIN, J.; KERN, D. **Paisagem Moderna**: Baudelaire e Ruskin, John. Introdução, tradução e notas. Porto Alegre: Editora Sulina, 2010.
- BAUDRILLARD, J. **O Sistema dos Objetos**. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- BAUDRILLARD, J. **Senhas**. Tradução de Maria Helena Kuhner, Rio de Janeiro: DIFEL, 2001.
- BOBBIO, N. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOLTANSKI, L.; CHIAPELLO, E. **O novo espírito do capitalismo**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- BONIZZATO, L. (Org.). **Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- BORJA, J.; MUXI, Z. **El espacio público: ciudad y ciudadanía**. Barcelona: Edición Electa Disputació Barcelona Xarxa de municipis, 2003.
- BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- BOURGOIS, J. Solidarité Et Urbanisme In, **La Loi SRU Et Le Droit De L'urbanisme**. Paris: Litec Groupe Lexis Nexis, 2002.
- CALAIS-AULOY, J., **Droit de consommation**, 3. ed, Paris : Dalloz, 1992.
- CAVALLAZZI, R. L.; RIBEIRO, C. R. **Paisagem urbana e direito à cidade**. Coleção Direito e Urbanismo. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Proureb, 2010.

<sup>7</sup> Refere-se aos critérios para o estudo da eficácia social da norma urbanística: finalidade, incidência e legitimidade.

- CAVALLAZZI, R. L. **Plasticidade do Plano Contratual. Rio de Janeiro.** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1993.
- CAVALLAZZI, R. L. Perspectivas Contemporâneas do Patrimônio Cultural. Paisagem Urbana e Tombamento. In: FERNANDES, E.; ALFONSIN, B. (coords) **Revisitando o Instituto do Tombamento.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
- CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli In Relatório de Pesquisa projeto Códigos da cidade: análise das interferências jurídico-urbanísticas na cidade standard, FAPERJ/PROURB - PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2012.
- CAVALLAZZI, R. L.; RIBEIRO, C. R. **Entre dois morros:** disputa simbólica na paisagem urbana carioca. ANAIS do SICYURB. Lisboa. 2011.
- CAVALLAZZI, R. L. In Relatório de Pesquisa projeto Códigos da cidade: análise das interferências jurídico-urbanísticas na cidade *standard*, FAPERJ/PROURB - PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2012.
- CAVALLAZZI, R. L.. O estatuto epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do Direito à Cidade. In: COUTINHO, R.; BONIZZATO, L. (Org.). **Direito da cidade:** novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 53-69.
- CAVALLAZZI, R. L. Urbanismo e direito: notas para uma abordagem interdisciplinar do espaço urbano. In: MACHADO, Denise B. Pinheiro. (Org.). In: **Seminário de história da cidade e do urbanismo IV.** Rio de Janeiro, 1996. *Anais UFRJ/Prourb*, 1996. V. 2, p. 882-887.
- CAVALLAZZI, R. L. Novas Fronteiras do Direito Urbanístico In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (Orgs) **O Direito e o tempo embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.** Rio de Janeiro. Renovar, 2008. pp. 683-709.
- CAVALLAZZI, R.L. O estatuto epistemológico do direito urbanístico brasileiro. In: COUTINHO, R.; BONIZZATO, L. (Org.) **Direito da cidade: novas concepções sobre relações jurídicas no espaço social urbano.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CHARLES, H. **Droit de L'urbanisme.** Paris: PUF, 1997.
- CHAUÍ, M. **Cidadania Cultural,** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.
- COSGROVE, D. E. **Social Formation and Symbolic Landscape,** Wisconsin: Wisconsin Press, 1998.
- DALLARI, A. A.; FERRAZ, S. **Estatuto da Cidade.** São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

- DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- FERNANDES, E.; ALFONSIN, B. (Orgs.) **A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FERNANDES, E. **Direito Urbanístico**. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.
- HARVEY, D. **O engima do capital e as crises do capitalismo**. Lisboa: Bizâncio, 2011.
- HARVEY, D.; SMITH, N. **Capital financiero, propiedad inmobiliaria y cultura**. Bellaterra: Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 2005.
- HOBSBAWM, E. **A era das revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- HOBSBAWN, E. **O novo século: entrevista a Antonio Polito**. São Paulo: Companhia das letras, 2009.
- LEBRETON, J. P. (Dir.). **Etat de droit et urbanisme**. Les Cahiers du Gridauh: Editions du Moniteur, nº. 11, 2004.
- LEFÈBVRE, H. **O Direito à Cidade**. 3. ed., São Paulo, Centauro, 2004.
- LIRA, R. P. **Elementos de direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- LOURES, Moema F. O projeto no espaço urbano: riscos da paisagem. In: CAVALLAZZI, R. L.; RIBEIRO, C.R. **Paisagem urbana e direito à cidade. Coleção Direito e Urbanismo**. Rio de Janeiro: Editora PROURB, V. 1. 2010.
- MACHADO, D. B. P. **Tipo e Urbanismo: Novas espacialidades no Século XX**. Porto Alegre: Marcavizual, 2009.
- MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo, Malheiros, 1998.
- MARICATO, E. **O impasse da política urbana no Brasil**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.
- MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MATTOS, L. P. (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- ORIANNE, P. **Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie Du droit**, Paris: L.G.D.J, 1993.
- RIECHMANN, J. **Un mundo vulnerable**, Madrid: Libros de Catarata, 2000.
- ROLNIK, R. **A Cidade e a Lei. Legislação, Política Urbana e Territórios na Cidade de São Paulo**. São Paulo: FAPESP, Studio Nobel, 2000.

- ROPPO, E. **O Contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.
- SANTOS, B. S. **A Crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. Vol. 1. São Paulo: Cortez, 2001.
- SANTOS, M. **A natureza do Espaço**: técnica e tempo – razão e emoção. São Paulo: Hucitec, 2009.
- SANTOS, M. **Por uma outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- SANTOS, M. **Técnica, Espaço e Tempo**: Globalização e meio técnico-científico informacional. 2ª ed. São Paulo: Hucitec, 1996.
- SCHWARTZMAN, S. **As causas da pobreza**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.
- SILVA, J. A. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- TSIOMIS, Y. (Org.). **Au Coeur du Projet Urbain**. Paris: Eds. De L'Imprimeur, 2006.
- TSIOMIS, Y. Por ocasião da operação do Grand Paris. O projeto metropolitano: uma improvisação erudita. In: CAVALLAZZI, R. L.; PARAIZO, R. C. (Org.). **Patrimônio, ambiente e sociedade**: Novos desafios espaciais. Rio de Janeiro: PROURB, 2012.
- TSIOMIS, Y. O projeto urbano hoje: entre situações e tensões. Tradução de Denise B. Pinheiro Machado. In: MACHADO, D. B. P.; PEREIRA, M. d. S.; SILVA, R. C. M. (Orgs). **Urbanismo em questão**. Rio de Janeiro: UFRJ/PROURB, 2003.
- WOLKMER, A. C. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

# DEMOCRACIA AMBIENTAL COMO DIREITO DE ACESSO E DE PROMOÇÃO AO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO

---

JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da República.

## Resumo

A democracia ambiental é resultado da aquisição evolutiva que uniu o ideal de autodeterminação popular com o projeto de vida digna na Terra para as atuais e futuras gerações. Ela pressupõe e requer uma “política de efetivação” dos direitos e, em particular, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou adequado, por meio da participação popular e social. Orientações doutrinárias e a comunidade internacional têm identificado como pilares da democracia ambiental o triplo acesso: à informação, à participação e à Justiça. Este estudo avalia a importância e desvalia do acesso à justiça nesse processo. As considerações teóricas são examinadas no contexto de positivação constitucional e legal desse direito na Espanha e no Brasil. A comparação dos instrumentos de acesso e da resposta judicial apontará convergências, mas também diferenças importantes.

## Palavras-chave

Democracia Ambiental; Direito a um meio ambiente adequado e ecologicamente equilibrado; Acesso à Justiça ambiental; Participação popular.

## Abstract

Environmental democracy is the result of evolutionary acquisition that brought together the ideal of popular self-determination with the dignified life project on Earth for present and future generations. It presupposes and requires an “effective policy” of the rights and, particularly, the right to a suitable and ecologically balanced environment, through popular and social participation. Doctrinal guidelines and the international community have identified as environmental pillars of democracy the triple right to access: to information, to participation and to justice. This study evaluates the importance and worthlessness of the access to justice in this process. Theoretical considerations are examined in the context of constitutional and legal positivation of this right in Spain and

Brazil. The comparison of access tools and the judicial response will point convergence, but also important differences.

## Key words

Environmental democracy; Right to a suitable and ecologically balanced environment; Access to Environmental Justice; Popular participation.

## 1. Introdução

“Democracia ambiental” é a terminologia empregada para expressar duas finalidades humanas que, valoradas em si mesmas, complementam-se quando se unem. A democracia é forma e regime de governo que se legitima na vontade popular e no respeito aos direitos fundamentais. Uma aquisição evolutiva da política que associou o ideário ateniense de deliberação cidadã com o projeto constitucionalista de direitos, de modo a expandir tanto o sentido de “cidadão” à universalidade das pessoas, aproximando-se da identidade entre autores e destinatários das normas; quanto a possibilitar o recurso dos que, munidos de argumentos morais e notadamente jusfundamentais, não tiveram adequada representação ou foram quantitativamente derrotados nos processos deliberativos, para reconhecimento de seus direitos (HABERMAS, 1996).

Esse recurso se faz tanto discursivamente na esfera pública formal e informal, quanto nas instâncias judiciais como espaço institucionalizado de reconhecimento de seus direitos diferidos ou afetados. O meio ambiente é um bem comunitário e um direito individual e coletivo que, relacionado à permanência da vida na terra e ao pacto entre gerações, requer destacada proteção (SAMPAIO, 2003). O binômio “democracia ambiental” projeta a reciprocidade do fazer democrático para dentro das deliberações sobre meio ambiente, e, ao mesmo tempo, ecologiza a democracia. Por um, destaca-se a necessidade de legitimação dos processos decisórios sobre o tema ambiental; por outro, impõe-se a exigência de que o meio ambiente seja considerado a sério nos processos de escolhas de políticos e das políticas como agenda necessária e inadiável.

Essa interrelação tem sido progressivamente reconhecida pela comunidade internacional e por vários Estados. A Convenção da Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa (UNECE), ou apenas Convenção de Aarhus, define como eixo da democracia ambiental o triplo acesso: à informação ambiental, à participação nos processos de tomada de decisão que afete o meio ambiente, e à Justiça ambiental (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1998). A tríade compõe genericamente o “direito de acesso” (FOIT, 2008, p. 02; KERDERMAN, 2008).

O acesso à informação mobiliza e estimula as pessoas a participar de modo cada vez mais consciente e esclarecido sobre impactos e retornos socioambientais de intervenções

humanas na natureza. O acesso à participação nos processos deliberativos, muito além de conferir-lhes legitimação *ad hoc* ou formal, amplia a capacidade do governo para identificar as demandas e preocupações sociais, de modo a fornecer-lhes respostas e alternativas adequadas ou viáveis; a promover, tanto que possível, a formação de consensos, e, dessa forma, conseguir apoio e cumprimento às decisões ambientais tomadas. O acesso à Justiça, por sua vez, permite que as pessoas que não considerem adequadamente atendidas as exigências processuais e materiais do direito ao meio ambiente equilibrado ou sadio recorram ao Judiciário para postular o seu equacionamento ou reparação (FOIT, 2008).

O acesso à informação e à participação tem sido mais amplamente estudado pela vinculação direta com a democracia, a formal e a deliberativa (SMITH, 2003). O acesso ao Judiciário, por outro lado, não angaria consenso entre os defensores do meio ambiente. Há críticas que se fazem, por exemplo, a seu déficit de legitimidade e à formação jurídica conservadora. O meio ambiente não ganharia em seus embates com os interesses econômicos e a democracia terminaria rebaixada pela exigência de controle burocrático das decisões tomadas pelos ramos políticos. O expediente judicial, na prática, serviria apenas para cancelar a prevalência do poder econômico sobre a política e o meio ambiente (CONNAN, 2015).

O presente estudo procura examinar o acesso à Justiça como instrumento da democracia ambiental, recorrendo à teoria política que a sustenta e a infirma. Tenta-se demonstrar que a realidade existencial postula uma saída mais pragmática para o impasse gerado pelas deficiências do próprio agir político de conjugar ajustadamente os interesses econômicos e as exigências ambientais. As derrotas que sofrem tais exigências nos jogos de conveniência e utilidade políticas e administrativas encontram nas portas dos tribunais um tempo adicional para tentar reverter, pelo menos, em parte o resultado. A linguagem e lógica jurídicas podem apenas legitimar com o selo do direito arranjos nem sempre morais entre a política e a economia.

A Justiça ambiental tenta, porém, enfrentar esse risco pela ampliação da publicidade do processo e pela conscientização e mobilização das fontes sociais de poder, bem como pelo emprego de uma argumentação jurídica convincente. A constitucionalização do temário ambiental, sobretudo, na forma de um direito ao meio ambiente sadio ou ecologicamente equilibrado tende a tornar menos árdua a tarefa. Assim também o Direito Internacional propicia *insights* argumentativos e pretensões de aplicação normativa que reforçam as posições jusambientais. Espera-se que o resultado seja, do ponto de vista ecológico, mais favorável. A expectativa deve passar, todavia, pelo teste da realidade, realizado a partir de julgamentos extraídos da jurisprudência comparada e, mais especificamente, daqueles encontrados na Espanha e no Brasil.

## 2. O Acesso à Justiça como Instrumento da Democracia Ambiental

O direito de acesso à Justiça ambiental é o instrumento que o sistema jurídico atribui a indivíduos, grupos e, em alguns países, órgãos estatais autônomos para participação no devido processo jusambiental e nos mecanismos de controle da efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um direito de índole processual que é, em certo sentido, até mais efetivo do que a mera proclamação formal de um direito substantivo ao meio ambiente sadio e equilibrado (LIZARRAGA; ESPINOSA, 2007)<sup>1</sup>. A Justiça ambiental pode tanto ser um órgão jurisdicional, especializado ou não, quanto um tribunal quase jurisdicional, desde que caracterizado pela garantia da independência e do devido processo legal (STEC; CASEY-LEFKOWITZ; JENDROSKA, 2000, p. 126).

O Princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento já em 1992 dispunha que a garantia da participação “no nível apropriado” de todos os cidadãos interessados era a “melhor maneira de tratar as questões ambientais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992). Caberia, portanto, aos Estados possibilitar o “acesso adequado” às informações sobre o meio ambiente, inclusive acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, que estivessem à disposição das autoridades públicas. Seria também dever dos Estados facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, cabendo-lhes proporcionar o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos para fazer valer esses aspectos processuais e o próprio conteúdo material do direito ao meio ambiente sadio e ao desenvolvimento sustentável. Alinhavam-se os elementos constitutivos da “democracia ambiental” que viriam a ocupar parte relevante dos estudos teóricos e das reivindicações sociais desde então, a partir do tripé informação, participação e ação.

Diversos documentos internacionais viriam a desenvolver o princípio. A Convenção de Aarhus, negociada pela Comissão das Nações Unidas para a Europa, identificou como um dos três pilares da Democracia Ambiental o acesso à Justiça (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1998). No artigo 9º, prevê que os Estados propiciem aos indivíduos e grupos sociais meios adequados de acesso à Justiça ambiental (judicial ou administrativa, desde que prevista em lei e dotada de independência e imparcialidade) para fazer valer seu direito à informação tempestiva, correta e efetiva sobre o meio ambiente, bem como para impugnar a legalidade substantiva e processual de qualquer decisão, ato ou omissão das autoridades públicas sobre o acesso à informação e o direito de participação do público nos processos deliberativos ambientais, ou ainda, de modo decorrente, da própria deliberação adotada. A Diretiva 2003/4/EC, adotada em 2003, visou implementar a referida Convenção na Europa, dando ênfase, sem embargo, ao acesso à Justiça no caso de violação do direito ao acesso – art. 6º (UNIÃO EUROPEIA, 2003a).

1 Entretanto, há quem advogue que apenas um direito substantivo seria capaz de conferir proteção mais adequada (BUCHANAN, 2002, p. 03).

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi aprovada, em 2000, a Estratégia Interamericana para a Promoção da Participação Pública no Processo Decisório para o Desenvolvimento Sustentável, recomendando os Estados da Região a adotarem uma série de ações destinadas a promover o acesso à informação e à participação social. Especificamente em relação ao acesso à justiça, estabeleceu, no item 2.1.3 das Recomendações para Ação, o dever para os órgãos legislativos e administrativos de garantir o acesso à justiça em todos os níveis, com vistas a, dentre outros fins, assegurar direitos, rever decisões ou reparar injustiças relacionadas ao meio ambiente. De acordo ainda com o documento, o acesso deve ser garantido, por meio da criação de instrumentos legais que confirmem legitimação ativa perante os órgãos administrativos e/ou judiciais independentes a todas as partes afetadas e interessadas; bem como que lhes oportunizem o direito de recorrer a uma instância superior, de modo a rever a decisão que lhes forem contrárias. Assim também devem ser previstos mecanismos de resolução alternativa de conflitos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2000).

Embora não se tenha ainda aprovado um documento vinculante no sistema regional interamericano, diversas resoluções sobre o assunto foram adotadas pela Assembleia Geral. Em todas elas, afirma-se que o acesso à Justiça é um direito humano fundamental que permite o exercício de outros direitos humanos que ainda não tenham sido reconhecidos ou, reconhecidos, que tenham sido vulnerados. Um direito a fazer valer os direitos e consolidar a democracia (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, 2012 e 2013).

### **3. Críticas e Fundamentos ao Acesso à Justiça como Instrumento da Democracia Ambiental**

O reconhecimento internacional do acesso à justiça como um dos eixos da democracia ambiental não angaria consenso entre estudiosos e ativistas. Na linha do pensamento procedimentalista e republicanista, entendem seus críticos que, em sendo instância estatal, a dependência da sociedade a decisões judiciais padece de um paternalismo que tende a ser desmobilizante e traiçoeiro. Desmobilizante, porque retira da própria esfera social e da política o poder de autodeterminação (MICHELMAN, 1986; SAMPAIO, 2013a; CONNAN, 2015). Entrega-se a um punhado de supostos oráculos imparciais um poder decisório que cabe ao povo e a seus representantes eleitos em procedimentos de deliberações recursivas, informadas e em que se assegura, ao menos, contrafactualmente, a expressão de todas as vozes, ideias e interesses bem representados, prevalecendo a *força* dos melhores argumentos (ELY, 1980, p. 56-57; HABERMAS, 1996, p. 235 e ss.). A formação quase sempre conservadora dos juízes, associada ao poder, às vezes, invisível dos interesses econômicos pode dar a chancela formal de justiça a decisões contrárias aos interesses socioambientais (SUNSTEIN, 1996, p. 176-177).

Embora seja, na prática, um instrumento caro ao direito ambiental e reivindicado por muitos ambientalistas, o recurso ao Judiciário cuidar-se-ia, na verdade, da frustração, inconformismo ou desconfiança social com os processos administrativos e políticos de promoção desse direito. Como afirma Léon (2006, p. 384), a corrida ao Judiciário é resultado do fracasso normativo ou da inaceitação das decisões administrativas que incidem sobre o meio ambiente. Num campo em que o poder econômico é seriamente desafiado, não se estranha que não só seja difícil a aprovação de normas ambientais restritivas, como, uma vez aprovadas, tornem-se objeto de controvérsias de interpretação sobre seus conteúdos prescritivos, âmbito de incidência, sujeitos e destinatários ou até validade que terminam por diferir a sua plena efetividade. Tratam-se, por certo, da matéria-prima dos juristas as divergências hermenêuticas, mas elas se ampliam de modo considerável, quando versam sobre a questão ambiental. As forças dissipadoras seriam produto da ideologia do *laissez-faire*, do racionalismo instrumental, da ignorância, do egoísmo ou mesmo da indiferença com o destino da humanidade (SMITH, 2013, p. xii)

Não se podem desconsiderar os riscos de cooptação dos poderes institucionalizados, inclusive o Judiciário, pela força e interesses econômicos (GALE, 1986), quando não forem eles mesmos, os juízes, instrumentos de maximização de utilidades econômicas (POSNER, 1977). Tampouco se pode confiar apenas ou somente numa postura *avant-gard* de um poder, cuja formação e estrutura parecem mais próximas de respostas conflitantes e, em nome da imparcialidade, propensas à manutenção do *status quo* (SUNSTEIN, 1996, p. 176)<sup>2</sup>. Além do mais, é quase irrefutável o argumento contramajoritário de conduta diversa ou contrária à adotada pelos ramos políticos, tomada por um poder que não se submete ao escrutínio eleitoral (ELY, 1980, p. 56 e ss.). O protagonismo judicial estaria a indicar um déficit político e democrático da sociedade.

Essas críticas são poderosas e valem a reflexão, mas não são irrespondíveis. Há fatores que, se não as superam inteiramente, ao menos as atenuam. O ideal da pólis seria, de fato, o de uma sociedade capaz de acompanhar de maneira participativa os processos deliberatórios, dominando-lhes a pauta, inclusive de seus representantes, de modo a exercer sobre eles um efetivo controle ou, ao menos, interferir decisivamente em seus passos e resultados. Não haveria, portanto, uma cidadania ausente nos intervalos dos processos eleitorais. Esse, porém, não é o horizonte de possibilidades mais factíveis de uma sociedade composta por um grande número de membros com interesses sobrepostos ou contrários, e absorvidos pela sobrecarga de demandas das esferas privadas e profissionais (SAMPAIO, 2013a).

---

2 Em questões técnicas, inclusive ambientais, o Judiciário tende a ser mais deferente aos ramos políticos e à administração (CZARNEZKI, 2008). As orientações dos juízes seguiriam mais de suas convicções derivadas da sua experiência pessoal e profissional do que de adesões à discursividade do direito. Haveria, ademais, uma confluência de valores econômicos, senso comum e crenças sociais, ligados à lógica jurídica (POSNER, 1995).

O *stress* performativo dessas esferas deixam tempo mínimo ou nenhum para uma militância plena, possibilitando que os mais ativos politicamente, num exercício quase sempre de superação de seus limites tafetários, venham a organizar-se para reivindicar os interesses de minorias ou, numericamente, maiorias silenciadas pelo fardo e ocupações diárias (MCCARTHY; ZALD, 1977; FINK, 1997). São especialmente esses militantes que ocupam os espaços – nem sempre – abertos para a participação popular ou social. São eles que integram a esfera pública não estatal como forma e intuito de contra-arrestar ou diminuir a influência dos interesses políticos e econômicos hegemônicos (SMITH, 2003).

O contra-arresto, por ser iniciativa de uma parte da sociedade apenas (ainda que por ela ou, faticamente, em nome dela agindo), nem sempre pode superar, nos domínios políticos e administrativos, a força daqueles interesses; nem é capaz de evitar que receba o selo da parcialidade e, com ela, o descrédito institucional de reivindicar legitimamente, em nome de todos, situações que contrariem as decisões dos representantes formais do povo. Essa dificuldade a conduz a buscar no Judiciário uma solução que atenda aos seus reclames originais ou que, pelo menos, avance sobre o que fora obtido nas outras esferas. Essa orientação pragmática explica, em parte, a judicialização crescente das questões ambientais em nossos dias. O parâmetro técnico e político passa a se submeter, desde então, ao discurso jurídico e à pressuposta imparcialidade judicial com a expectativa de que prevaleça o direito.

A ambiguidade da linguagem e do rito jurídicos pode comprometer a estratégia, mas, até com isso, os atores sociais têm de saber lidar. Assim também, têm que saber social e processualmente jogar com o credo ingênuo da imunidade judicial. A publicização (massificação, por vezes) da lide lança luzes e pressão sobre argumentos apresentados e decisões tomadas, tentando a um só tempo dar ciência o mais amplamente possível aos outros membros da sociedade, atraindo-lhes atenção e voz, e imunizar os juizes, da dominância dos interesses meramente egoístas ou econômicos (COLE, 1993). Nesse ambiente, espera-se que prevaleça o melhor argumento técnico e jurídico (HABERMAS, 1996).

A formal contramaioria da decisão judicial passa a se legitimar por essa dialética fundada em razões e naquilo que realmente acontece, uma espécie de “natureza das coisas” socialmente interpretada. O emprego dos direitos ou mais especificamente do direito ao meio ambiente sadio, embora de expressão coletiva, não perde, nesse contexto, o matiz de uma reivindicação de uma minoria mais diretamente afetada pela distribuição assimétrica dos danos ambientais (SHRADER-FRECHETTE, 2002; BRULLE; PELLOW, 2006); e, por intermédio do processo judicial, de uso como carta de trunfo contra uma vontade empírica que se proclama representativa do querer do maior número (DWORKIN, 1978). As urnas se projetam como significado material no próprio iter processual decisório auto e heterolegitimando o fazer judicial.

A democracia é, nesse sentido e contingência, reforçada e não diminuída. A constitucionalização da matéria ambiental, notadamente, sob o sentido e técnica de um direito, faz diferença nos jogos de linguagem de aplicação do direito. Daí a razão de merecer um exame mais detido, inicialmente, sobre um direito ao meio ambiente equilibrado ou sadio como expressão jurídica de pretensões objetivas e subjetivas de proteção ambiental. O seu reconhecimento internacional e pelos Estados confere unidade normativa à tendência de tratamento jurídico fragmentário do meio ambiente. Nesse processo, a constitucionalização do direito tende a dar-lhe a dignidade de um direito fundamental, reforçando seu poder reivindicatório nos discursos jurídicos. A efetividade desse direito depende de sua processualização, por meio do acesso à informação, da participação social e popular, e, enfim, de sua judicialização. Fecha-se o círculo: a dimensão processual do direito ao meio ambiente equilibrado fornece os pilares da democracia ambiental. Notadamente o acesso à Justiça funciona como garantia de efetividade dos dois outros pilares e do direito em seu aspecto substantivo, associando a Justiça ambiental como processo à justiça ambiental como substância moral da equidade nas e entre gerações (BELL, 1976; SAMPAIO, 2003).

#### **4. O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado ou Adequado**

O direito ao meio ambiente adequado ou ecologicamente equilibrado como o próprio nome está a dizer é o conjunto de posições, situações e pretensões jurídicas que visam assegurar a todos e a cada um, no presente e no futuro, condições ambientais que possibilitem a vida humana com qualidade. Essa perspectiva mais antropocêntrica é, por vezes, ampliada por correntes holísticas, que propugnam a consideração integrada de um direito da natureza ao próprio equilíbrio e integridade. Cuida-se de uma interpretação ainda minoritária nos centros acadêmicos e nos fóruns institucionalizados, mas que aportam ao espaço discursivo plural contribuições importantes que merecem a devida atenção.

A leitura da proteção de vários atributos ambientais como um direito tende a unificar a pluralidade de reivindicações jusambientais nos quadros de uma técnica jurídica que tende a conferir-lhes maior efetividade. A proteção daqueles atributos passa a ser reflexo de um direito, equipado dos instrumentos argumentativos e processuais que lhe imprimem maior poder persuasivo (ou de convencimento informado) nos jogos de aplicação normativa, sobretudo nas hipóteses de conflitos com outros interesses jurídicos. A possibilidade de esse direito receber o merecido tratamento de um direito humano e fundamental é um segundo ponto importante nessa estratégia de ampliação da força argumentativa da proteção ambiental.

As sequelas de uma exploração desenfreada dos bens ambientais passaram a chamar atenção, sobretudo a partir dos anos setenta do século passado, para a necessidade de ações precaucionárias e preventivas das novas intervenções humanas ao tempo em que

se exigiam medidas de restauração do que já se havia danificado e do que resultaria das novas intervenções. Acenos apocalípticos ou, ao menos, os riscos de inviabilidade da vida humana em condições dignas na Terra forneceram os primeiros argumentos para a afirmação de razões morais que reivindicavam o reconhecimento, pelos sistemas normativos, de instrumentos de defesa do meio ambiente. Tais argumentos se encaminharam a fundamentar reivindicações de um novo direito humano e fundamental ao ambiente sadio ou ecologicamente equilibrado.

As respostas dos ordenamentos jurídicos se deram, inicialmente, na forma de proteções isoladas de aspectos ambientais que pareciam inicialmente mais merecedores de proteção como a poluição dos mares, do solo e do ar. Embora sejam fortes as teses que advogam, no plano internacional, a existência de um vero direito humano ao meio ambiente sadio e equilibrado, os instrumentos de proteção se parecem mais encaminhar ainda para a defesa fragmentária do ambiente. Não há o reconhecimento direto desse direito e mesmo os tratados que tentam dar-lhe esse matiz padecem de instrumentos que obriguem o seu cumprimento pelos Estados (DEJEANT-PONS, 2002; DORSEN et al, 2003).

No âmbito regional, o cenário é mais heterogêneo. Tanto a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, quanto o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana de Direitos Humanos reconhecem o direito. Na Europa, todavia, a proteção do meio ambiente se faz mais na intenção do que no texto normativo. Na falta de disposição expressa, a tutela ambiental foi possível graças a uma interpretação criativa da Corte de Estrasburgo. Entendeu-se que a poluição ambiental, ainda que não causasse danos à saúde, comprometia o bem-estar das pessoas, impedindo-as de desfrutar de sua casa e, assim, violando o direito ao respeito da vida privada e familiar, reconhecido pelo artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. A ecologização da vida privada foi a saída para afirmação de um conteúdo que haveria de ser protegido por um direito próprio (CUTANDA, 2002).

Mesmo hoje, a Europa ressenete-se da afirmação normativa desse direito. Em geral, tanto o Tratado da Comunidade, quanto a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia referem-se como tarefa comunitária e, depois, da União a “um desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das atividades econômicas”; ou a um “alto nível sustentável da proteção do ambiente e melhoria da qualidade do seu desenvolvimento” (UNIÃO EUROPEIA, 1992, art. 2º). Na falta de um reconhecimento expresso de um direito substantivo, o sistema europeu tem desenvolvido aspectos processuais de acesso à informação, à participação e à Justiça. É exemplo a Convenção de Aarhus de 1998, incorporada ao direito da União Europeia por meio da Diretiva 2003/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União (SADELEER, 2011). Essa tendência processualizante também é encontrada nas Nações Unidas.

Costuma-se enfatizar que uma das mais importantes contribuições da Declaração do Rio de 1992 foi, para além da consagração da sustentabilidade ambiental como estratégia de desenvolvimento em nível global, o reconhecimento da dimensão processual do direito, por meio do acesso à informação, à participação e à Justiça ambiental (SHELTON, 2015). Essa procedimentalização terminou por reforçar os argumentos do direito substantivo ao meio ambiente equilibrado, sobretudo pela possibilidade criada de sua exigibilidade judicial.

Esse é um tema ainda controverso, o que faz voltarem-se os olhos para as formas nacionais de proteção jusambiental. Nesse contexto, a constitucionalização do tema, sobretudo, na forma de um direito fundamental substantivo e processual, passa a ter importância decisiva.

## 5. A Constitucionalização do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

Em, pelo menos, noventa Constituições nacionais, há a previsão expressa do direito ao meio ambiente equilibrado ou sadio, seja na forma de um direito subjetivo (em pelo menos, 60 deles), seja como um dever estatal de proteção (SAMPAIO, 2003; MAY, 2006). Mas o silêncio do texto constitucional nem sempre significa inexistência desse direito. Em primeiro lugar, há a possibilidade de as Constituições subnacionais dos Estados federais reconhecerem-no no âmbito de sua autonomia. Em seis Estados norte-americanos (Havaí, Illinois, Massachusetts, Montana, Pensilvânia e Rhode Island)<sup>3</sup> e, no Canadá, em duas províncias (Ontario e Quebec), e em três territórios (Nordeste, Nunavut e Yukon), há previsão constitucional do direito ao meio ambiente sadio<sup>4</sup>.

Depois, a interpretação realizada pelos tribunais da jurisdição constitucional o tem extraído de outros enunciados de direitos e princípios jusfundamentais (MAY, 2006). Na Itália, por exemplo, a Corte Constitucional o reconheceu como derivativo do direito à saúde, associado ao dever estatal de proteção da beleza natural (ITÁLIA, 1987). Por vezes, essa interpretação convola a previsão de mero dever de proteção ambiental num verdadeiro direito subjetivo. Na Índia, por exemplo, o dever de proteção ambiental é afirmado como um dos “Princípios Diretivos da Política Estatal”, no Capítulo IV, da Constituição que, por expressa determinação do artigo constitucional 37, não podem ser aplicados pelo Judiciário (ÍNDIA, 1950, arts. 37 e 48A). Todavia a jurisprudência tratou de reconhecer

3 Sobre o esforço de se constitucionalizar o direito ao meio ambiente sadio nos Estados Unidos, ver RUHL, 1999.

4 Dispõe a Constituição canadense em seu art. 92A(1): “In each province, the legislature may exclusively make laws in relation to (a) exploration for non-renewable natural resources in the province; [and] (b) development, conservation and management of non-renewable natural resources and forestry resources in the province...” (CANADÁ, 1982).

um direito ao meio ambiente sadio por meio de uma interpretação criativa que associava tais princípios com o direito à vida (DHARMADHIKARI, 2006).

A constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado lança a proteção ambiental num outro extrato da argumentação jurídica. Sua natureza jusfundamental impõe uma série de características que tornam mais difíceis disposições e atos que importem sua restrição. Exigências de razoabilidade, de proporcionalidade ou fundamentos aceitos como igualmente relevantes e legítimos requerem adicional cuidado por parte do legislador, da administração pública e mesmo dos agentes privados.

A esses se juntam, pelo menos, outros três efeitos jurídico-políticos importantes. O primeiro se produz na ordem legislativa; o segundo no âmbito da sociedade e dos atores políticos; e o terceiro, no sistema de justiça. No primeiro deles, identifica-se uma produção legislativa de proteção ambiental mais farta e rigorosa decorrente de ordem de legislação, imposta pelos enunciados constitucionais (BOYD, 2012). No segundo, nota-se que a previsão constitucional de um direito ao meio ambiente equilibrado ou sadio tanto contribui para formação de uma consciência ambiental crítica (LEOPOLD, 2001), como estimula a organização de grupos sociais que passam a militar em favor da proteção ambiental no sentido de ampliar o primeiro efeito, bem como para controlar e promover a execução das leis aprovadas (BOYD, 2012). Enfim, o sistema de justiça é provocado a atuar preventiva ou sucessivamente para garantir a efetividade do direito e de suas normas de concretização.

Como se pode ver, a constitucionalização do direito ao meio ambiente equilibrado acaba por estimular os mecanismos institucionais e da esfera pública e política que se destinam a dar eficácia e, ao mesmo tempo, a ampliar o sistema de proteção jusambiental. Um estudo mais detido do fenômeno revela que os três efeitos atuam de modo sinérgico.

A ativação do Judiciário, sobretudo como decorrência do protagonismo social, tende a gerar decisões que demandam do governo a aprovação de leis necessárias à garantia do direito ao meio ambiente sadio, bem como a substituição daquelas que não fornecem proteção suficiente. Essas decisões podem veicular uma ordem de legislar, como sucedeu na Costa Rica em relação à defesa dos peixes (COSTA RICA, 2009), e no Nepal, relativamente à redução da poluição atmosférica (NEPAL, 1995). Ou podem apenas fazer um apelo ao legislador para suprir uma lacuna ou dispor sobre um assunto ambiental relevante, como se deu com a vedação do fumo em lugares públicos na Índia (ÍNDIA, 2001), com o estabelecimento de padrões de qualidade do ar no Sri Lanka (em *Lalanath de Silva v. Minister of Forestry and Environment*, de 1998) (PUVIMANASINGHE, 2009) e com a restrição do uso de sacos plásticos em Uganda (em *Greenwatch v. Attorney General and National Environmental Management Authority*, de 2002) (BOYD, 2012, p. 319, 414). Na Argentina (2006), Filipinas (2008) e Índia (2004), as ordens se direcionaram à

exigência de que os governos aprovassem programas ou políticas voltadas para a educação ambiental (ARGENTINA, 2008; ÍNDIA, 1988)<sup>5</sup>. Outras tantas ações visam anular licenças ambientais, reparar danos causados e responsabilizar quem lhes deu causa (BRANES, 2000; MIRRA, 2002).

O Judiciário (ou órgão administrativo independente) será tanto mais acionado quanto mais o direito esteja processualizado. Esse fenômeno ocorre inclusive nos países onde os dispositivos constitucionais se limitam apenas a estabelecer tarefas estatais objetivas. Na Espanha, por exemplo, a *actio popularis* pode ser usada para impugnar decisões administrativas com repercussão ambiental como é o caso daquelas que dizem respeito aos parques nacionais, ao planejamento urbanístico e ao patrimônio histórico e cultural (ČERNÝ, 2010). Mesmo levando-se em conta as dificuldades de acesso aos dados do sistema de justiça de diversos países, calcula-se que, em pelo menos 44 dos 92 países que constitucionalizaram o direito ao meio ambiente equilibrado, haja discussões judiciais sobre o assunto (BOYD, 2012).

Dentre os países analisados por Boyd, a “judicialização ambiental” ocorria em 8 dos 9 países da Europa Ocidental; 12 de 19, da Europa Oriental; 13 dos países da América Latina e do Caribe; 6 dos 14 Estados asiáticos e 5 das 32 nações africanas (BOYD, 2012, p. 233). Na América Latina, na Europa e na Índia, observou-se uma tendência mais favorável à proteção judicial do meio ambiente (SADELEER; ROLLER; DROSS, 2005). O sucesso dessas ações se deve, em grande parte, ao emprego de técnicas interpretativas desenvolvidas no âmbito do regime de proteção jusfundamental. Um dos exemplos é a aplicação, na tutela ambiental, do princípio da vedação de retrocesso social ou de seus correlatos como “princípio standstill” na Bélgica ou “effet cliquet” e “non régression”, na França. Em síntese, o princípio visa impedir que se reduzam os níveis de proteção ambiental existentes. A defesa doutrinal da transposição do princípio e, por vezes, o seu emprego judicial se dão, além da Bélgica e da França, em países da América Latina, inclusive o Brasil, na África do Sul e na Hungria (SAMPAIO; 2013b).<sup>6</sup>

O efeito sinérgico da constitucionalização sobre o sistema de proteção nem sempre ocorre, porém. A Suprema Corte suíça, por exemplo, não adotou a interpretação de uma passagem constitucional, que atribuía ao legislador federal a tarefa de aprovar normas de “proteção do ser humano e de seu ambiente natural contra as influências negativas ou

5 A educação ambiental é outra consequência que se observa com a constitucionalização do direito ao meio ambiente sadio (BOYD, 2012, p. 244-245).

6 Vejam-se Argentina (Suprema Corte. Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. 21/9/2004); Colômbia (Tribunal Constitucional. Decision T-789/2002, 24/9/2002. T-671/2002, C-038/2004, 27/11/2004, C-931-2004, S29/9/2004, C-991-2004, 12/10/2004, T-1318/2005, 14/12/2005); Hungria (Corte Constitucional, decisão 28, V. 20 AB, p.1919); Portugal (Tribunal Constitucional, Acórdão N° 509/2002, de 19/12/2002). São, de regra, casos envolvendo direitos sociais que, todavia, podem ser aplicados às questões ambientais (COURTIS, 2008).

onerosas”, como enunciadora de um direito ambiental fundamental. Esse rebaixamento de proteção também se deu na Holanda (relativamente à declaração de que “[a]s autoridades devem manter o país habitável e proteger e melhorar o meio ambiente”), e na Grécia (com “a proteção do meio ambiente natural e cultural constitui um dever do Estado”) (BRANDL; BUNBERT, 1992, p. 52-53).

Há até uma tendência de ele ser considerado, em boa parte dos países, um *direito* não autoaplicável ou dependente de desenvolvimento legislativo ou de outros direitos. A Espanha é exemplo do primeiro caso; a Turquia, do segundo e terceiro (DORSEN; ROSENFIELD; SAJÓ; BAER, 2003; MAY, 2006). O caso húngaro é menos grave, todavia, também redutor da incidência do direito. O Tribunal Constitucional do país, desde 1994 (decisão 28/1994), entende que o dispositivo constitucional que reconhece ao indivíduo um direito ao meio ambiente saudável não lhe confere um direito substantivo, apenas dimensões processuais como a informação e a participação (MAJTÉNYI, 2008).

## 6. A Judicialização Ambiental na Espanha

A Constituição espanhola, como se viu, prevê um direito ao meio ambiente adequado, submetido, porém, à disciplina do legislador (arts. 45 e 46). Em diversos pronunciamentos, a Corte Constitucional espanhola tem dado ao termo “meio ambiente” um sentido amplo de elementos ou agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos e sociais que envolvem os seres vivos e condicionam a sua existência, a sua identidade, o seu desenvolvimento e a sua extinção ou desaparecimento. Estariam compreendidos não só a fauna, flora, os minerais, os três reinos clássicos de natureza; mas também o componente histórico e cultural de percepção e construção humanas (ESPANHA, 1995; LOSSO, 2010). Sem embargo, a dependência de legislador de integração torna-o um direito incompleto ou inautêntico, dificultando sua defesa em juízo

Com a ratificação da Convenção de Aarhus, dotada de status de lei reforçada nos termos do artigo 96 da Constituição, a Espanha assumiu a obrigação de dar o apoio necessário às organizações não governamentais de defesa do meio ambiente (art. 3.4), inclusive contra a perseguição a seus membros (art. 3.8). Cabe ao país, ainda, dar-lhes amplo acesso à justiça (art. 9.2), com a instituição de ação coletiva (ação de classe) para impugnar atos e omissões dos agentes privados e das autoridades públicas que infrinjam a legislação ambiental nacional (art. 9.3). No mesmo sentido, deve estabelecer mecanismos de assistência, destinados a eliminar ou reduzir os obstáculos financeiros ou outros que dificultam o acesso à justiça (art. 9.5).

A Convenção e as Diretivas europeias 2003/4/CE e 2003/35/CE que tratam do assunto foram desenvolvidas pela Lei 27/2006 (ESPANHA, 2006), que, entretanto, estabeleceu alguns requisitos para o acesso das ONGs à Justiça ambiental. As organizações,

que não podem ter fins lucrativos, devem incluir entre seus objetivos estatutários a proteção do ambiente em geral ou de qualquer de seus atributos em particular; devem, além do mais, ser legalmente constituídas há, pelo menos, dois anos com ativa atuação para promover seus fins estatutários e, enfim, desenvolverem ações no espaço territorial afetado pela ação ou omissão administrativa que venham a impugnar (art. 23).

Cabem a elas ajuizar ações populares perante a justiça penal ordinária, contra autores de delitos ambientais, e os recursos administrativos e procedimentos perante a jurisdição administrativa, contra atos ou omissões imputáveis às autoridades públicas que infrinjam as regras ambientais garantidoras da participação do público na elaboração, modificação e revisão das disposições de caráter geral sobre o meio ambiente. Estão, no entanto, excluídos os procedimentos administrativos de elaboração de disposições gerais relacionadas à defesa nacional, à segurança pública, à proteção civil em situações de emergência, e ao salvamento da vida humana no mar. Também ficam de fora as modificações não substanciais de normas por seu caráter organizativo, procedimental e que não reduzam as medidas de proteção ambiental; bem como os procedimentos que tenham por objetivo apenas a aprovação de planos e programas que estejam em conformidade com a sua legislação específica (art. 18).

As vias de acesso à Justiça para proteção ambiental se podem fazer ainda: a) constitucionalmente, por meio do recurso de amparo, notadamente em conjunto com um direito fundamental autoaplicável como o direito à vida ou à liberdade de circulação; bem assim pela suscitação de questões de inconstitucionalidade perante o juiz que analise uma demanda em que incida norma ambiental; b) civilmente, mediante o emprego do “Derecho de inmisiones”, que incluem ações de cessação e responsabilidade por atuações nocivas ou impertinente nos quadros das relações de vizinhança; e c) criminalmente, por meio do ajuizamento de ações pela prática de crimes ambientais, previstas nos artigos 325 e seguintes do Código Penal. Estão legitimados, de modo concorrente, todos os cidadãos espanhóis, as pessoas jurídicas e o Ministério Fiscal. No âmbito europeu, tanto pode haver o recurso perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por violação da Convenção Europeia de 1950, quanto o encaminhamento de queixa à Comissão Europeia, que, julgando-a pertinente, acione o Tribunal de Luxemburgo por descumprimento da obrigação do Estado de proteger adequadamente o meio ambiente (ESPINOSA, 2010).

Um estudo, publicado pela Asociación para la Justicia Ambiental (AJA) em 2009, identificou que a maioria dos operadores jusambientais reclamava do número relativamente pequeno de demandas judiciais sobre o tema. Na jurisdição penal, embora houvesse a previsão da ação popular e a tipificação do delito ecológico, eram poucos os casos de aplicação efetiva das sanções. A jurisdição civil, por sua vez, não oferecia espaço para fundamentar as questões relativas ao interesse coletivo de proteção ambiental. Enfim, o acesso à jurisdição administrativa existia na teoria, mas, na prática, faltavam meios adequados

de proteção jusambiental, inclusive pela insuficiência do princípio da executividade das decisões administrativas. Esse quadro, juntamente com a demora da Justiça, conduzia a vitórias de Pirro, pois as sentenças, quando favoráveis, resultavam inúteis diante do fato consumado. A decepção dos ambientalistas se traduzia na frase: “para que recorrer se, mesmo se ganho, a represa, a rodovia é construída e o retorno é impossível?” (ASOCIACIÓN PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL, 2009, p. 21, tradução nossa)<sup>7</sup>.

Esse cenário se devia, segundo o estudo, ao déficit da formação dos juristas, incluindo os magistrados, associado à falta de colaboração da administração ambiental. Talvez por isso, houvesse maior permeabilidade dos tribunais à proteção dos interesses privados comparativamente à proteção de interesses coletivos, a exemplo do meio ambiente. Outro ponto de queixa, para agravar o quadro, era dado pelos custos do acesso à Justiça (ASOCIACIÓN PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL, 2009). O resumo do documento apontava falhas no desenvolvimento da Convenção pela Lei 27/2006. Não teriam sido criados instrumentos processuais específicos para o acesso à Justiça para prevenir ou reparar violações às normas ambientais. Sequer tratava das ações ou omissões de outros agentes públicos, que não fossem administrativos, e de pessoas de direito privado, que vulnerassem tais normas. Continuariam a vigorar, nesses casos, as disposições legais pertinentes, o que era pouco e ineficaz.

No caso da jurisdição civil, os procedimentos de responsabilidade civil e de obrigação de fazer ou deixar de fazer permaneciam restritos aos afetados (ASOCIACIÓN PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL, 2009, p. 50-51). Ressalte-se, porém, que é prevista a legitimação de qualquer cidadão para ajuizar ação popular destinada a proteger, por meio do controle de legalidade, alguns aspectos do meio ambiente, como o planejamento urbano, os parques nacionais, a faixa costeira e o patrimônio cultural ou histórico (SOLÉ, 2008). Também conta a favor a possibilidade de uso do recurso de amparo para defesa do direito violado, embora, como visto, associado a outro interesse jusfundamental<sup>8</sup>.

## 7. A Judicialização Ambiental no Brasil

No Brasil, a proteção ambiental se pode dar por diversos meios. No âmbito constitucional, pode-se questionar, de forma difusa ou concentrada, a constitucionalidade das leis

7 “Para qué recurrir si, incluso si lo gano, la presa, la carretera, está construida y la vuelta atrás es imposible?” O Tribunal Constitucional já se pronunciou no sentido de que: o “derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes [es] parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que se traduce en la “garantía de que el fallo se cumpla, impidiendo que las Sentencias y los derechos en ellas reconocidos se conviertan en meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna” (por todas, STC 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6) (ESPANHA, 2015, p. 08).

8 Uma tendência também verificada no âmbito da legislação autonômica (ASOCIACIÓN PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL, 2009, p. 56).

que, direta ou indiretamente, violem a proteção ambiental e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. De modo concentrado, o Supremo Tribunal Federal (STF) pode declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma ou omissão normativa de promoção do direito ambiental, bem como declarar o descumprimento de preceito fundamental, inclusive o artigo 225. As decisões produzem efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante (BRASIL, 1988; 1999a e 1999b). As declarações de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente aos casos concretos produzem efeitos entre as partes, importando inaplicabilidade da norma àqueles casos. O STF também pode conhecer do recurso extraordinário contra decisão que verse sobre o meio ambiente, desde que, prejudicialmente, reconheça repercussão geral ao caso (SAMPAIO, 2013a)<sup>9</sup>.

Na esfera cível, duas ações coletivas se destacam: a ação popular (AP) e a ação civil pública (ACP). A ação popular legitima o cidadão a impugnar a validade de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (BRASIL, 1988, art. 5º, LXXIII). A ação civil pública, por sua vez, possibilita que vários legitimados impugnem ação ou omissão do poder público que atentem contra as normas jusambientais. São legitimados o Ministério Público, a Defensoria Pública e outros entes estatais, além de associação que, concomitantemente, inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e que esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil. Essa última exigência pode ser dispensada pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (BRASIL, 1988, arts. 129, III, § 1º; BRASIL, 1985, art. 5º).

Nelas se podem obter provimentos cautelares que impeçam a continuidade ou, notadamente na ACP, a perpetração do dano ambiental. No mérito, os provimentos podem, além de anular o ato impugnado (AP), condenar o poder público e empreendedores a reparar o dano, compensá-lo ou mitigá-lo, conforme o caso. Também se podem impor multas e indenização por danos morais coletivos (ACP). Os agentes públicos e terceiros que ao menos culposamente possam ter violado normas ambientais podem ainda responder por improbidade administrativa de que resultam a perda do cargo ou função públicos, a suspensão de direitos políticos, ressarcimento integral do dano, se houver; pagamento de multa civil e proibição temporária de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (BRASIL, 1992). Literalmente, a Constituição garante ao autor da *actio popularis* a isenção de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé (BRASIL, 1998, art. 5º, LXXIII).

---

<sup>9</sup> Ganha força a corrente que defende a transcendência da *ratio decidenti* no controle difuso de constitucionalidade exercido pelo STF, conferindo às suas decisões efeitos gerais. O entendimento passa por uma “mutação constitucional” no art. 52, X da CF, reduzido a instrumento de publicidade da decisão do Supremo Tribunal. (BRASIL, 2014b).

No caso da ação civil pública, é a Lei 8347/1985 que assegura a isenção, embora com ressalva: em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos (BRASIL, 1985, art. 17). Notável a aplicação apenas às entidades privadas. As duas ações dependem, em grande medida, da realização de perícias. A Lei 8347/1985 dispõe textualmente que, na ação civil pública, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas (BRASIL, 1988, art. 18; BRASIL, 2013b).

Na esfera penal, são previstos diversos tipos penais que tratam do meio ambiente. Pode ser condenado quem, de qualquer forma, concorrer para a sua prática, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outra pessoa, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. As pessoas jurídicas também podem ser responsabilizadas penalmente nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. A Lei ainda prevê a desconsideração da pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente (BRASIL, 1998).

O Judiciário brasileiro se tem progressivamente mostrado sensível às demandas ambientais. Para o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um “típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano [...] de titularidade coletiva e de caráter transindividual,” cuja proteção se dá “em benefício das presentes e futuras gerações” (BRASIL, 2005). O sentido que se atribui a meio ambiente é amplo, a englobar, além do aspecto biofísico e histórico, o ambiente do trabalho (BRASIL, 2014a).

O caráter coletivo e fundado no primado da solidariedade do direito ao meio ambiente equilibrado deve orientar o mais amplo acesso ao Judiciário. De acordo com o Tribunal, a “democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais”, inclusive judiciais (BRASIL, 2012). Foi uma no cravo, mas, no mérito da disputa, disparou na ferradura:

Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto (BRASIL, 2012).

Nem sempre, porém, essa autocontenção em assunto de políticas públicas se faz presente. A modulação doutrinal atende mais a juízos de conveniência do STF e de outros

tribunais, talvez na linha da “passive virtue” de que falava Bickel (1961). O comutador de intervenção faz com que a jurisprudência nem sempre seja muito coerente ou previsível. Sem embargo, há uma crescente preocupação com o problema ambiental que se tem repercutido nos últimos anos em acórdãos mais generosos à proteção do meio ambiente.

Há, todavia, um instrumento processual que depõe contra essa tendência jurisprudencial. Trata-se da suspensão de segurança, liminares, cautelares, antecipação de tutela e dos efeitos das sentenças proferidas em ação cautelar inominada, na ação popular e na ação civil pública, por decisão monocrática dos presidentes dos tribunais. Em juízos de deliberação e com fundamentos, em geral, bastante concisos, na possibilidade de “grave lesão à ordem”, “à saúde”, “à segurança” e “à economia” públicas (BRASIL, 1992, art. 4º, § 1º; BRASIL, 1997, art. 1º; BRASIL, 2009, art. 15), os presidentes põem abaixo argumentos jusambientais, na quase totalidade, bem desenvolvidos pelos juízes de instância inferior. Essa “correção autoritária” do protagonismo ambiental é tanto mais frequente quanto maior for o empreendimento em causa. Tenham-se os exemplos da transposição do Rio São Francisco e da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Em relação a esta, decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região: “A decisão de primeiro grau, se mantida, acarretará grave lesão à ordem e à economia públicas”.

A decisão suspensa considerara que havia uma diferença de mais de 150 km<sup>2</sup> de área do empreendimento que não havia sido considerada no Estudo de Impacto Ambiental e na concessão de Licença Prévia, determinando a suspensão do processo licitatório para construção da usina (BRASIL, 2010)<sup>10</sup>. O Presidente do Tribunal não se convenceu. A economia era mais importante. No caso da transposição do Rio São Francisco, coube ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça exercer esse papel. A decisão de primeira instância que determinava a revisão da proposta de mitigação dos impactos sobre a ictiofauna e da vazão foi suspensa pelo Tribunal, ao fundamento de que, “sob os enfoques econômicos e ambientais, a liminar [...] poderá causar grave lesão aos bens juridicamente tutelados” (BRASIL, 2010b).<sup>11</sup> Por vezes, essas decisões são revertidas em grau de recurso,

10 Diversos pedidos subsequentes foram formulados e, em geral, tiveram a mesma sorte. Veja-se o resultado da pesquisa em <<http://zip.net/bsq6qQ>> realizada em 15/02/2015. É preciso dizer que os órgãos fracionários do Tribunal, em grau de apelação, reconheceram irregularidades no processo de licenciamento (BRASIL, 2012; BRASIL, 2013a).

11 Os tribunais tenderam a acolher os argumentos do governo contrariamente à pretensão dos postulantes. Veja-se: “O meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens. Se não é possível considerar o projeto como inviável do ponto de vista ambiental, ausente nesta fase processual qualquer violação de norma constitucional ou legal, potente para o deferimento da cautela pretendida, a opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema Corte. Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente. 6. Agravos regimentais desprovidos”. Havia impugnações a normas ambientais desconsideradas, sobretudo deficiente estudo de impacto ambiental e obras em terras indígenas (BRASIL, 2007).

mas, como a proteção ambiental luta contra o tempo, o fato consumado pode tornar inútil a revisão.

Esse quadro instável, todavia, promissoramente cambiante se deve, em parte, a deficiências na formação jurídica. Só muito recentemente boa parte das faculdades de direito do país passou a incluir, embora de forma optativa, a disciplina “Direito Ambiental”. Não é de se estranhar o desconhecimento das técnicas específicas exigidas por esse ramo do direito pelos profissionais do ramo, incluindo os juízes. Em geral, aplicam-se os princípios do direito administrativo. Só muito recentemente palavras como “precaução”, “poluidor-pagador” e “equidade intergeracional” passaram a compor o glossário das decisões judiciais (AZEVEDO, 2001; FREITAS, 2010).

Talvez por isso, as instâncias inferiores têm dado respostas mais positivas e frequentes às demandas ambientais. Há quem atribua o fato a uma “juvenilização” e “feminilização” da magistratura, associadas à sua origem nos estratos superiores da classe média (CASTILHO, 1998, p. 170). Deve ser lembrada também a conscientização crescente da sociedade com o tema e, principalmente, a militância ambiental que é feita por indivíduos e grupos sociais que, mediados pelo Ministério Público ou postulando diretamente, tem levado os juízes cada vez mais a se aprofundar sobre o tema<sup>12</sup>.

## 8. Conclusões

A democracia ambiental é expressão contemporânea do amálgama entre o sentido legitimante de autodeterminação popular com o projeto de vida digna na Terra para as atuais e futuras gerações. Ela pressupõe que os direitos e, em particular, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exigem uma “política de efetivação” por meio da “participação popular” e “social”.

Orientações doutrinárias e a comunidade internacional têm identificado como eixos da democracia ambiental a tríade de acesso: à informação, à participação e à Justiça. O acesso à Justiça, embora objeto de críticas que apontam para uma indevida politização do Judiciário e, correlatadamente, para a judicialização da política, tem sido apontado como um instrumento de garantia para fazer valer não apenas os outros dois eixos da democracia ambiental, mas o próprio direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O reconhecimento constitucional do referido direito, em sentido tanto objetivo, quanto subjetivo promove uma corrida à efetivação, que passa pela ampliação dos meios de interlocução entre sociedade civil e Estado, incluindo a instituição de mecanismos processuais que viabilizam o acesso de indivíduos, entidades públicas e privadas à Justiça

12 A “educação ambiental dos juízes” é um dos efeitos da judicialização ambiental para COLE (1993, p. 543-544).

ambiental. Na Espanha, a constitucionalização do direito tem permitido o ajuizamento do recurso de amparo e a suscitação de questões de inconstitucionalidade, para defesa do meio ambiente. No âmbito civil, o direito de vizinhança, na ausência de procedimento próprio, dá ensejo a ações de cessação e responsabilidade por atuações nocivas. Criminalmente, prevê-se o ajuizamento de ações pela prática de crimes ambientais. Mais frequentemente, as questões ambientais são enfrentadas pelo contencioso administrativo. Há, enfim, recurso aos tribunais europeus. No caso do Tribunal de Estrasburgo, por violação da Convenção Europeia de 1950. Noutra passo, pode-se fazer o encaminhamento de queixa à Comissão Europeia, que, julgando-a pertinente, acione o Tribunal de Luxemburgo por descumprimento da obrigação do Estado de proteger adequadamente o meio ambiente.

No Brasil, há uma variedade de formas de acesso à Justiça ambiental, que passam desde o ajuizamento das ações do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal por violação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; como pelo ajuizamento de ações coletivas como a ação popular e ação civil pública que visam a proteção ambiental. As primeiras são tituladas pelos cidadãos e se destinam a anular atos lesivos ao meio ambiente. As segundas têm legitimidade e objeto mais amplos. Entidades federativas e suas autarquias, além do Ministério Público, da Defensoria Pública e das entidades de direito privado, podem postular, mais do que a anulação de atos lesivos, que não seja perpetrado ou que cesse o dano ambiental, além da obrigação de repará-lo e indenizá-lo, inclusive por dano moral coletivo. Os agentes públicos e particulares que estejam com eles mancomunados podem ainda responder por improbidade administrativa. Na esfera penal, os crimes, de ação penal pública incondicionada, procuram responsabilizar os que praticam danos ao meio ambiente.

O ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos, do ponto de vista formal, tende a oferecer mais proteção ao direito substantivo e processual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do que a Espanha. O direito substantivo é visto, diferentemente do que sucede no país europeu, como autoaplicável. Os mecanismos de acesso à Justiça ambiental são mais ampliados e específicos no Brasil do que na Espanha. A sobrevivência, no Brasil, da anômala figura da suspensão de segurança, de liminar, de cautelar, de antecipação de tutela e de sentença compromete, no entanto, a efetividade da prestação jurisdicional ambiental.

Algumas vicissitudes são, no entanto, compartilhadas. A demora na prestação jurisdicional, uma tendência de dar prevalência aos interesses econômicos sobre os ambientais, aliadas aos déficits de formação e cultura ambientais são algumas das explicações do fenômeno. No Brasil, embora a sociedade civil seja legitimada a propor ações coletivas, na qualidade de cidadãos ou entidades privadas de defesa jusambiental, ainda há o protagonismo do Ministério Público que, embora autônomo institucional e funcionalmente, inclusive em face das políticas de governo, é um órgão de Estado.

A democracia ambiental é ainda um projeto por realizar-se. O acesso à Justiça, um de seus eixos, também. Muito se fez, é certo, em tão pouco tempo. Mas o aperfeiçoamento dos mecanismos do “direito ao acesso”, aliado à mobilização social, tende a mais e mais promovê-la. A história ensinou. A história contará.

## 9. Referências

- ÁFRICA DO SUL. **Constituição de 1996**. Disponível em: <<http://zip.net/btq440>>. Acesso em: 03 mar. 2015.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 49, 98, 130 (1978) – Kalkar**. Disponível em: <<http://zip.net/bxq5pn>>. Acesso em: 05 abr. 2015.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 53, 30, 57 (1979) – Mulheim-Kaerlich**. Disponível em: <<http://zip.net/bpq5cr>>. Acesso em: 5 abr. 2015.
- ARGENTINA. Suprema Corte. **Beatriz Silvia Mendoza y otros c. Gobierno Nacional (2008)**. Disponível em: <<http://zip.net/blq200>>. Acesso em: 15 fev. 2015.
- ASOCIACIÓN PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL (AJA). **Democracia Ambiental y Acceso a la Justicia. La Aplicación da Convenio Aarhus en España**. Madrid: [s.e.], 2009. Disponível em: <<http://zip.net/bmq53t>>. Acesso em: 15 abr. 2015.
- AZEVEDO, Plauto F. Da Politicidade do Poder Judiciário. **Direito e Democracia**, v. 2, n. 2, p. 409-423, 2001.
- BELL, JR., Derrick A. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation. **Yale Law Journal**, v. 85, p. 470-516, 1976.
- BICKEL, Alexander M. Foreword: The Passive Virtues. **Harvard Law Review**, v. 75, p. 40-79, 1961.
- BOYD, David. **The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment**. Vancouver: UBC, 2012.
- BRANDL, Ernest; BUNGERT, Hartwin. Constitutional Entrenchment of Environmental Protection: A Comparative Analysis of Experiences Abroad. **Harvard Environmental Law Review**, v. 16, n.1, 1992, p. 1-100.
- BRAÑES, Raúl. **El Acceso a la Justicia Ambiental en la America Latina**. [s.l.]: PNUMA 2000. Disponível em: <<http://zip.net/bsq6xd>>. Acesso em: 04 dez. 2014.
- BRASIL. **Lei n. 7347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <<http://zip.net/bpq6Vy>>. Acesso em: 01 fev. 2005.

- BRASIL. **Lei n. 8429**, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://zip.net/bkq6jj>>. Acesso em: 01 fev. 2015.
- BRASIL. **Lei n. 8437**, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: <<http://zip.net/bdq6xz>>. Acesso em: 11 fev. 2015.
- BRASIL. **Lei n. 9494**, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <<http://zip.net/bnq6hl>>. Acesso em: 11 fev. 2015.
- BRASIL. **Lei n. 9605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://zip.net/bgkRPw>>. Acesso em: 01 fev. 2015.
- BRASIL. **Lei n. 9868**, de 10 novembro de 1999a. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://zip.net/btrhKL>>. Acesso em: 15 mai. 2015.
- BRASIL. **Lei n. 9882**, de 3 de dezembro de 1999b. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://zip.net/bfrg4g>>. Acesso em: 15 mai. 2015.
- BRASIL. **Lei n. 12016**, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <<http://zip.net/bqq61v>>. Acesso em: 11 fev. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. **REsp 1.253.844/SC**. J. 13/3/2013b. Disponível em: <<http://zip.net/btq6Nc>>. Acesso em: 03 mar. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça 2ª Turma. **REsp 891743/SP**. J. 13/10/2009. Disponível em: <<http://zip.net/bhq6pc>>. Acesso em: 03 abr. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **SLS 001271**, de 19 de agosto de 2010b. Disponível em: <<http://zip.net/bkq6gD>>. Acesso em: 12 mar. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ACO-MC-AgR 876**. J. 19/12/2007. Disponível em: <<http://zip.net/bsq6rZ>>. Acesso em: 11 fev. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 4029/AM**. J. 08/03/2012. Disponível em: <<http://zip.net/bgq53L>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI-MC 3540/DF**. J. 01/09/2005. Disponível em: <<http://zip.net/bvq6wB>>. Acesso em: 14 abr. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ARE 664335/SC**. J. 04/12/2014a. Disponível em: <<http://zip.net/bcq57N>>. Acesso em: 14 abr. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **RCL 4335/AC**. J. 20/03/2014b. Disponível em: <<http://zip.net/bwq5V1>>. Acesso em: 15 mar. 2015.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal – 1ª Região, 5ª Turma. **AGRAC 00009681920114013900**. Decisão de 16/12/2013a. Disponível em: <<http://zip.net/brq6mj>>. Acesso em: 11 mar. 2015.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal – 1ª Região, 5ª Turma. **EDAC 00007098820064013903**. Decisão de 13/08/2012. Disponível em: <<http://zip.net/brq6mj>>. Acesso em: 11 mar. 2015.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Presidência, **AGRSLT 00225342120104010000**. Decisão em: 17/06/2010. Disponível em: <<http://zip.net/bwq5Tg>>. Acesso em: 11 mar. 2015.
- BRULLE, Robert J.; PELLOW, David N. Environmental Justice: Human Health and Environmental Inequalities. **Annual Review Public Health**, v. 27, p. 103-124, 2006.
- BUCHANAN, James M. Why Do Constitutions Matter? In: BERGGRENE, Niclas; KARLSON, Nils; NERGELIUS, Joakim (eds). **Why Constitutions Matter?** New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, p. 01-15
- CANADÁ. **Constituição de 1982**. Disponível em: <<http://zip.net/bnq4Bc>>. Acesso em: 15 fev. 2015.
- CONNAN, Jonathan. **Environment in the Balance: The Green Movement and the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. Interpretação Judiciária da Norma Ambiental In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá, 1998
- ČERNÝ, Pavel. **Report on Access to Justice in Environmental Matters**. Justice and Environment, 2010. Disponível em: <<http://zip.net/bnq6n1>>. Acesso em: 21 abr. 2015.
- COLE, Luke W. Environmental Justice Litigation: Another Stone in David's Sling. *Fordham Urban Law Journal*, v. 21, n. 3, p. 523-545, 1993.
- COSTA RICA. Corte Suprema de Justiça. Sala Constitucional. **Recurso de Amparo 09-003057-0007-CO** (Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente y otros). 2009. Disponível em: <<http://zip.net/bpq6Y0>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

- COURTIS, Christian. Argentina: Some Promising Sings. In: LANGFORD, M. (ed). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. N. York: Cambridge University Press, 2008.
- CUTANDA, Blanca L. La Ecologización de los Derechos Fundamentales: La Doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su Tecepción por Nuestro TC. **Revista Española de Derecho Europeo**, n. 1, p. 175-205, enero-marzo 2002.
- CZARNEZKI, Jason J. An Empirical Investigation of Judicial Decisionmaking, Statutory Interpretation, and the Chevron Doctrine in Environmental Law. **University of Colorado Law Review**, v. 79, p. 767-823, 2008.
- DEJEANT-PONS, Maguelonne, Human Rights to Environmental Procedural Rights, in The Human Right to a Healthy Environment as a Substantive Right. In: DEJEANT-PONS, Miguelonne; PALLEMAERTS (eds). **Human Rights and the Environment**. Straasbourg: Council of Europe, 2002, p. 23-46. Disponível em: <<http://zip.net/btq43v>>. Acesso em: 10 fev. 2015.
- DHARMADHIKARI, D. M. Development and Implementation of Environmental law in India. In: GREIBER, Thomas (ed). **Judges and the Rule of Law: Creating the Links: Environment, Human Rights and Poverty**. Gland; Cambridge, Bonn: ILC, 2006, p. 23-40
- DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés; BAER, Susanne. **Comparative Constitutionalism: Cases and Materials**. St. Paul: West Group, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard Law Press, 1978.
- ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ESPANHA. **Constituição de 1978**. Disponível em: <<http://zip.net/bjq37p>>. Acesso em: 02 fev. 2015.
- ESPANHA. **Lei 27/2006**. Disponível em: <<http://zip.net/bsq6cx>>. Acesso em: 14 mar. 2015.
- ESPANHA. Tribunal Constitucional, Pleno. **Sentencia 50/2015**, de 05/03/2015. Disponível em: <<http://zip.net/bkq6dG>>. Acesso em: 12 abr. 2015.
- ESPANHA. Tribunal Constitucional, **STC 102/1995**, de 26/06/1995. Disponível em: <<http://zip.net/bcq51t>>. Acesso em: 15 abr. 2015.
- ESPINOSA, Ángel Ruiz de A. Nuevas Perspectivas del Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente. In: SOLÉ, Antoni P.; SERRANO, Anna P.; CASADO, Lucia C. (dirs.). **Derecho Ambiental y Transformaciones de la Actividad de las Administraciones Públicas**. Barcelona: Atelier, 2010, p. 187-221.

- FINK, Leon. **Progressive Intellectuals and the Dilemmas of Democratic Commitment**. Cambridge; London : Harvard University Press, 1997.
- FOIT, Joseph et al. **Voice and Choice: Opening the Door to Environmental Democracy**. Washington, D.C.: The Access Initiative / World Resources Institute, 2008.
- FREITAS, Vladimir Passos de. Responsabilidade Social do Juiz e do Judiciário. **Revista CEJ**, n. 51, p. 6-13, out./dez. 2010.
- GALE, Richard P. Social movements and the state the environmental movement, countermovement, and government agencies. **Sociological Perspectives**, v. 29, n. 2, p. 202-240, 1986.
- HABERMAS, Jürgen. **Fatti e Norme. Contributti a una Teoria Discorsiva del Diritto et della Democrazia**. A cura di L. Ceppa. Milano: Guerini, 1996.
- ÍNDIA. **Constituição de 1950**. Disponível em: <<http://zip.net/bgq4np>>. Acesso em: 03 mar. 2015.
- ÍNDIA. Suprema Corte. **Murli S. Deora v. Union of India (2001) 8 SCC 765**. Disponível em: <<http://zip.net/bkq6mH>>. Acesso em: 14 abr. 2015.
- ÍNDIA. Supreme Court. **M.C. Mehta v Union of India AIR (1988) SC 1031**. Disponível em: <<http://bit.ly/1HliG5f>>. Acesso em: 14 mar. 2015
- ITÁLIA. Corte Constitucional. **Sentença n. 210/1987**. Disponível em: <<http://zip.net/blq3ZR>>. Acesso em: 05 abr. 2015.
- KERDEMAN, Monika. **What Does Environmental Democracy Look Like?** World Resources Institute, 2008. Disponível em: <<http://zip.net/bjq59v>>. Acesso em: 03 mar. 2015.
- LAZEGA, Emmanuel. Four and Half Centuries of New (New) Law and Economics: Legal Pragmatism, Discreet Joint Regulation and Institutional Capture at the Commercial Court of Paris. In: DE VRIES, Ubaldus, FRANCO-TIMMERMANS, Lyana (eds). **Law's Environment: Critical Legal Perspectives**. The Hague: Eleven International Publishing, p.179-204, 2011.
- LEÓN, Jose Maria B. La Tutela Judicial del Medio Ambiente y la Defensa de los Intereses Municipales. In: PARDO, José Esteve (coord.). **Derecho del Medio Ambiente y Administración Local**. 2ª ed. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, p. 371-387.
- LEOPOLD, Aldo. **A Sand County Almanac with Essay on Conservation**. Oxford: Oxford University Press, 1949 [2001].
- LIZARRAGA, José Antonio R.; ESPINOSA, Ángel Ruiz de A., **Información, participación y justicia en materia de medio ambiente**. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de Julio. Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

- LOSSO, Marcelo R. Tutela do Meio Ambiente na Espanha. **Veredas do Direito**, v. 7, n.13/14, p. 331-361, Jan./Dez. 2010.
- MAJTÉNYI, Balázs. A Right without a Subject? The Right to a Healthy Environment in the Hungarian Constitution and the Practice of the Hungarian Constitutional Court. **Fundamentum**, v. 1, p. 22-35, 2008.
- MAY, James R. Constituting Fundamental Environmental Rights Worldwide. **Pace Environmental Law Review**, v. 23, p. 113-182, 2006.
- MCCARTHY, John D.; ZALD, Mayer N. Resource Mobilization and Social Movements: A Partial Theory. **American Journal of Sociology**, p. 1212-1241, 1977.
- MICHELMAN, Frank. I. The Supreme Court 1985. Term Forward – Traces of Self-Government. **Harvard Law Review**, v. 100, p. 4-77, 1986.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- NEPAL. Suprema Corte. Pleno. **Suray Prasad Sharma Dhungel v. Godavari Marble Industries and others**. Disponível em: <<http://zip.net/brq6sr>>. Acesso em: 15 fev. 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Econômica para a Europa (UNECE). **Covenção de Aarhus de 1998**. Disponível em: <<http://zip.net/bsq-5jN>>. Acesso em: 15 dez. 2014.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992**. Disponível em: <<http://zip.net/bc-q5dq>>, acesso em 1/1/2015.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia Geral. **AG/RES. 2656 (XLI-0/2011)**. Disponível em: <<http://zip.net/bxq6bH>>. Acesso em: 14 fev. 2015.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia Geral. **AG/RES. 2656 (XLIII-0/2013)**. Disponível em: <<http://zip.net/bdq5HB>>. Acesso em: 14 fev. 2015.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia Geral. **AG/RES. 2714 (XLII-0/2012)**. Disponível em: <<http://zip.net/btq5Tn>>. Acesso em: 14 fev. 2015.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral. **Estratégia Interamericana para a Promoção da Participação Pública no Processo Decisório para o Desenvolvimento Sustentável de 2000**. Disponível em: <<http://zip.net/bdq5G1>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

- POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1977.
- POSNER, Richard A. **Overcoming Law**. Cambridge: Harvard University Law, 1995.
- PUVIMANASINGHE, Shyami F. Puvimanasinghe Towards a Jurisprudence of Sustainable Development in South Asia: Litigation in the Public Interest. **Sustainable Development Law & Policy**, p. 41-49, 2009.
- REHBINDER, Eckard. Germany/Allemagne. In: EBBESSOM, Jonas (ed). **Access to Justice in Environmental Matters in the EU**. Dordrecht: Kluwer International, 2002, p. 231-259.
- RUHL, J.B. The Metrics of Constitutional Amendments: And Why Proposed Environmental Quality Amendments Don't Measure Up. **Notre Dame Law Review**, v. 74, p. 245-282, 1999.
- SADELEER, Nicolas; Droits Fondamentaux et Protection de l'Environnement dans l'Ordre Juridique de l'UE et dans la CEDH. In: VERDURE, Christophe (ed). **Environmental Law and Consumer Protection**. Brussels: Larcier, 2011, p. 25-51.
- SADELEER, Nicolas; ROLLER, Gerhard; DROSS, Miriam. **Access to Justice in Environment Matter and the Role of NGOs. Empirical Findings and Legal Appraisal**. Groningen: Europa Law Publishing, 2005.
- SAMPAIO, José Adércio L. Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. In: WOLD, Chris; SAMPAIO, José Adércio L.; NARDY, Afranio. **Princípios do Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SAMPAIO, Jose Adércio L. Da cláusula do não retrocesso social à proibição de reversibilidade socioambiental. In: ANJOS FILHOS, R.N.. (Org.). **Direito Humanos e Direitos Fundamentais**. Diálogos Contemporâneos. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013b, v. 1, p. 391-417.
- SAMPAIO, José Adércio L. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013a.
- SHELTON, Dinah. Whiplash and Backlash-Reflections on a Human Rights Approach to Environmental Protection. **Santa Clara Journal of International Law**, v. 13, n. 1, p. 11-29, 2015.
- SHRADER-FRECHETTE, Kristin. **Environmental Justice: Creating Equality, Reclaiming Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- SMITH, Graham. **Deliberative Democracy and Environment**. New York: Routledge, 2003.

- SOLÉ, Antonio P. (dir). **Acceso a la Información, Participación Pública y Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente**. Diez Años del Convenio de Aarhus. Atelier, Libros Jurídicos 2008.
- STEC, Stephan; CASEY-LEFKOWITZ, Susan; JENDROSKA, Jerzy, **The Aarhus Convention: An Implementation Guide**, New York; Geneve: United Nations, 2000.
- SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996
- UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. **Diretiva 2003/4/EC**, 2003a. Disponível em: <<http://zip.net/bcq5g9>>. Acesso em: 15 jan. 2015.
- UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. **Diretiva 2003/35/CE**, 2003b. Disponível em: <<http://bit.ly/1GcELZ>>. Acesso em: 15 jan. 2015.
- UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Maastricht**, de 07/01/1992. Disponível em: <<http://bit.ly/1EthNom>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

# DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO E CIDADANIA: UMA RELAÇÃO TRÍDUA FUNDAMENTAL À TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO NO DIREITO IBEROAMERICANO

---

GREICE PATRÍCIA FULLER

Pós-Doutoranda em Direito Ambiental na Universidad de Navarra /Espanha com bolsa concedida pela CAPES. Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais, sub-área de Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora dos Cursos de Graduação das Faculdades de Direito e Economia e Pós-Graduação *Lato Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora dos Cursos do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), da Pós-Graduação *Lato Sensu* de Direito Ambiental Empresarial e da Graduação ambos da mesma instituição (Fmu) . Professora da Escola Paulista da Magistratura de São Paulo. (EPM)). Coordenadora do Grupo de Trabalho de Direito Ambiental Criminal da Comissão Permanente do Meio Ambiente OAB/SP e membro efetiva da Comissão Permanente do Meio Ambiente OAB/SP. Parecerista/avaliadora do CONPEDI e da Revista *Quaestio Iuris* (Qualis A2 - ISSN 1516-0351).

JOSÉ LUIS BÁTIZ LÓPEZ

Doutorando do Programa de Doutorado em Direito da sociedade global: desenvolvimento econômico, risco e integração social pela Universidad de Navarra, Espanha. Mestre em Direito Internacional Comercio Exterior y Relaciones Internacionales pelo Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE) en Madrid, Espanha; Mestre em Estudos de Desenvolvimento Global e graduado em Relações Internacionais pela Universidad Autónoma de Baja California, México (UABC); Investigador associado para la Universidad de California de Los Ángeles (UCLA) e para la Universidad Autónoma de Baja California (UABC). Membro do Consórcio Mundial de Investigación para México, PROFMEX, con sede em UCLA.

## Resumo

O presente estudo visa a análise da trídica - e cívica de discussão conceitual -relação entre democracia, participação e cidadania em face do meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrando-se a ideia de que suas definições apresentam aspectos multifacetários, interrelacionados, interdependentes e imprescindíveis à tutela do mesmo. O desenvolvimento do tema inicia-se com o conceito de democracia (igualdade de

oportunidades) em suas várias vertentes a serem subsumidas ao contexto ambiental, e posteriormente o estudo contempla em uma ordem consecutiva e lógica o tema referente à participação ambiental, caracterizando-a como um instrumento imprescindível à democracia que, para além de abranger o direito à informação e o direito à contestação de planos, programas e projetos ambientais por parte da coletividade, segue como importante guia para o exercício da cidadania que constitui um dos fundamentos constitucionais ao princípio da dignidade da pessoa humana e da responsabilidade a que cada pessoa humana é detentora. Nesse diapasão e por último, o estudo levanta a questão sobre a governança ambiental como medida instrumentalizadora à participação e cidadania em um Estado Democrático de Direito.

## Palavras-chave

Meio ambiente; Democracia; Participação; Cidadania; Governança.

## Abstract

This study aims to analyze the triad and conceptual discussions related among democracy, participation and citizenship in front of an ecologically balanced environment, enshrining the idea that their definitions include multifaceted aspects, interrelated, interdependent and indispensable for the legal protection by itself. The development topic begins with the concept of democracy (equal opportunities) in its different aspect to be submitted in the environmental context; subsequently the study referred to in a logical and sequential order the issue with regard to the participation of the environment, characterized as an essential factor of democracy; and also encompass to the right of information, and the right to defense plans, projects and environmental programs as part of the collective. It's means as an important guide for the practice of citizenship, which it's one of the constitutional foundations, of principle for dignity of the human person, and the responsibility that every human being possesses. In this range, and finally, the study raises the question about the environmental governance as a measurement of instrumentation, the participation and citizenship in a democratic state with rule of law.

## Key words

Environment; Democracy; Citizen involvement; Governance.

## 1. Introdução

O artigo apresenta como objeto de estudo a análise das definições referentes à democracia, participação e cidadania e a confluência entre elas, expondo-se ao final, a questão sobre governança ambiental como instrumento tendente à concretização das mesmas.

O trabalho realiza a exposição entre os temas acima destacados sob a ótica da sua interrelação no cenário protetivo ambiental, justificando-se a escolha do tema em face da importância de suas conceituações em nível constitucional ambiental em face do contexto social vivenciado em pleno século XXI.

O conceito de democracia é analisado como primeiro aspecto pontual a ser considerado e estudado criticamente em relação à contestada problemática de sua construção conceitual, objetivando-se contextualizá-lo como elemento de efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais sob a ótica ambiental constitucional brasileira e o cenário iberoamericano.

Posteriormente, o estudo observa a amplitude conceitual inerente à participação ambiental - como necessidade derivada da democracia - sob o viés dos direitos à informação e do efetivo questionamento pela coletividade dos planos, programas e projetos ambientais. Nesse diapasão, demonstra-se como flagrante exercício da cidadania ambiental e fundamento da dignidade da pessoa humana, que em um só tempo é agente capaz de empreender modificações para o atingimento de melhor qualidade de vida, bem como, ator dotado de responsabilidade para manutenção da ordem democrática ambiental.

E, como objetivo final do artigo, vislumbra-se a revalorização conceitual do instituto da governança como instrumento de participação, exercício da cidadania e base indispensável à democracia. Contextualiza-se o assunto, definindo-se o alcance e as características da governança, através da ênfase à tutela protetiva do meio ambiente por meio de políticas públicas econômicas e sociais.

Um dado importante e justificador do estudo é a percepção de que a governança busca um governo que seja equitativo e gere oportunidades para o desenvolvimento de ações de sustentabilidade que garantam melhor qualidade de vida. Portanto, o problema que se levanta inerente ao assunto é justamente avaliar o papel da governança em sede de proteção ambiental, visando a busca na realização da gestão pública responsável e a inovação para gerar a chamada governabilidade inclusiva e democrática, através da participação da sociedade e das organizações governamentais e não governamentais (sejam nacionais ou internacionais) , fortalecendo assim, a responsabilidade dos tomadores de decisões, bem como a ideia a ser construída sobre o caráter vinculante e não apenas enunciativo inerente aos planos, projetos e programas.

## **2. Direito à Proteção do Meio Ambiente**

A história demonstra que durante meio século existiu um interesse latente pela utilização dos recursos naturais e o cuidado do meio ambiente tanto em nível local como internacional. Atualmente, em pleno século XXI, a preocupação e os temas ambientais já não estão mais centrados na riqueza da biodiversidade, senão em conceitos de escassez

que indubitavelmente impõem atenção especial e rápida através de organizações internacionais e governos tanto nacionais como locais.

Apesar do tema ambiental ser uma tarefa de toda a coletividade, infelizmente nem todos realmente cuidam e protegem do meio ambiente, desprezando-se a busca de estratégias de participação, nas quais a própria população expresse uma maior vontade em ser corresponsável do meio ambiente.

## 2.1. A Resposta Internacional

Em nível internacional é possível ressaltar convênios<sup>1</sup> que mostram a importância e vontade dos governos na proteção ao meio ambiente. Entretanto, nem todos os países da comunidade internacional foram signatários dos mesmos. De toda forma, houve um grande avanço ao respeito ao meio ambiente através da realização de vários convênios como o de Ramsar – Irã em 1971 (proteção das zonas húmidas do planeta e das espécies de aves aquáticas em perigo de extinção); o Protocolo de Montreal de 1987 destinado a controlar o uso de substâncias causadoras do esgotamento da camada de ozônio; o Convenio da Basileia de 1989 (tratado de caráter global, tendente a regular o movimento transfronteiriço dos resíduos perigosos); o Convenio Marco das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC) de 1992, o Protocolo de Kioto da Convenção Marco das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas de 1997; o Convenio de Roterdã de 1998 (tratado que surgiu para proteger a saúde humana e o meio ambiente, mediante a regulação e controle das importações e exportações de produtos químicos e pesticidas considerados perigosos); o Convenio de Aarhus de 1998 (instrumento de proteção dos direitos dos cidadãos a viverem em um meio ambiente que garanta à saúde e o bem estar).

Ao final, como não seria possível deixar de citar, a Declaração Universal dos Direitos Humanos Emergentes de 2004 que em seu art. 3º estabelece:

o direito de todo ser humano e dos povos em que integram a viver em um meio ambiente sadio, equilibrado e seguro, disfrutando da biodiversidade presente no mundo e defendendo o sustento e a continuidade de seu entorno para as futuras gerações.

Contudo, para que um ambiente seja considerado sadio é necessário que se revalorize tanto a riqueza natural como a condição humana, bem como, sejam designados recursos para a prestação de políticas públicas e a educação ambiental que são os fundamentos basilares à prevenção do meio ambiente.

---

1 Nesse ponto serão mencionados brevemente alguns protocolos e convênios internacionais com o objetivo de dar atenção à proteção ao meio ambiente, assim como a própria pessoa humana. PICO MANTILLA, Galo. *Protocolos y convenios sobre el medio ambiente*. Ecuador, Centro Andino de Integración. 2011, p. 1.

O convenio de Aarhus de 1998 exerce influência em âmbito comunitário e em 2003 apresentou-se dentro do Diário da União Europeia a Diretiva 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, estabelecendo-se medidas para a participação do público na elaboração de determinados planos e programas relacionados com o meio ambiente<sup>2</sup>. Ainda o REgulamento (CE) número 1367/2006 do Parlamento europeu e do Conselho de setembro de 2006 disciplinou a sua aplicação às instituições e organismos comunitários. E, de maneira paralela, pelo Governo Espanhol foram firmadas e ratificadas diretrizes em nível nacional que podem ser consultadas no Boletim Oficial de fevereiro de 2005<sup>3</sup>. O documento em questão contempla 22 artigos dos quais 11 deles mostram os objetivos, as definições e as disposições gerais com o objetivo de estabelecer e manter um marco preciso, transparente e coerente, com o fim de exigir da autoridade a obrigação de colocar a disposição do público as informações sobre o meio ambiente que sejam solicitadas.

Convém estabelecer os artigos principais sobre o tema: Art. 4. Acesso à informação sobre o meio ambiente; art. 5. Difusão de informações sobre o meio ambiente; art. 6. Participação do público nas decisões relativas às atividades específicas; Art. 7. Participação do público nos planos, programas e políticas relativos ao meio ambiente; art. 8. Participação do público durante a fase de elaboração de disposições regulamentares ou de instrumentos normativos juridicamente obrigatórios e de aplicação geral; art. 9. Acesso à justiça ; art. 10. Reunião das partes; art. 11. direito de voto.

## 2.2. *Meio Ambiente Adequado, Pessoa Humana, Democracia, Participação e Cidadania*

Construir um planejamento para o desenvolvimento sustentável requer garantir uma maior continuidade do gozo do meio ambiente para as futuras gerações, mas isto não será possível se não houver a instrumentalização do Direito Ambiental, a concretização da democracia, a participação para a melhor gestão administrativa e o desenvolvimento de ações e atividades tendentes a conferir no mundo fenomênico a necessária e exata noção de cidadania.

Ricardo Guzmán<sup>4</sup> considera que o meio ambiente não somente deve ser concebido como um conjunto de coisas físicas, senão como o mundo de valores presentes nas relações humanas que nutrem o espírito de cada um de nós, salientando que se houver

2 Diario Oficial de la Unión Europea del 25 de junio de 2003, L 156/17. Disponível em: <http://www.boe.es/doue/2003/156/L00017-00025.pdf>. Acesso em 16/05/2015.

3 BOE núm. 40, España, del 16 febrero 2005. Disponível em: <http://www.prtr-es.es/data/images/Convención%20Aarhus-27D036D47C1C7FE9.pdf>. Acesso em 15/05/ 2015.

4 GUZMÁN DÍAZ, Ricardo. *Ética ambiental y desarrollo: participación democrática para una sociedad sostenible*. Santiago de Chile: Polis, 2013, p. 415.

a perda de sentido na relação entre espaço e indivíduo, o desinteresse pela melhoria ou conservação do entorno ambiental estará concretizado.

Sobre o assunto, ainda há de observar-se as considerações de Veliz e Bianchetti<sup>5</sup> para quem a relação entre ser humano e meio ambiente deve ser pensada desde a sustentabilidade do planeta em face das mudanças climáticas até e em ritmo contínuo, da vulnerabilidade da saúde da população.

Frise-se que as intenções de proteger o meio ambiente através de planos, programas e projetos participativos requerem instrumentos procedimentais que garantam a continuidade das ações, seja em fóros internacionais ou em nível local, através dos conselhos consultivos de participação para que não se convertam em meras intenções.

### 3. Democracia: A Construção de um Conceito em Face do Direito Ambiental no Século XXI

A democracia consiste em um conceito paradigmático ao exercício do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para que se emprenda a visão deste tema, iniciamos informando alguns traços propedêuticos basilares para sua compreensão.

#### 3.1. Notas Introdutórias sobre o Vocábulo “Democracia”

Iniciamos o tema estabelecendo a diferenciação entre Estado de Direito e Estado Democrático de Direito. O primeiro é aquele subordinado à legalidade constitucional., sendo sua expressão originária da doutrina alemã do século XIX<sup>6</sup>. Segundo Pinto Ferreira<sup>7</sup>, Estado de Direito significa o Estado submetido ao regime constitucional.

Como exemplos, podemos citar os seguintes países: *Brasil* no art. 1º da Constituição Federal assevera ser um Estado de Direito Democrático (conforme será analisado mais detidamente a seguir); *Portugal* no art. 2º estabelece que “ A República Portuguesa é um Estado de Direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão

5 VELIZ ROJAS, Lizet Helena. y BIANCHETTI SAAVEDRA Andrés Felipe. *Cambio climático y salud pública: acciones desde la institucionalidad en el escenario sociocultural actual*. Costa Rica, Salud Pública, 2013, p. 167.

6 CANOTILHO E VITAL MOREIRA. *Constituição da República portuguesa anotada*, Coimbra: Coimbra, 1993, p. 62 e s

7 *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, v.1, p. 32. Para o citado autor, é importante observar que há duas orientações sobre a noção de Estado de Direito: a) a dos lógicos formalistas que entendem que todo Estado (organização política soberana) é um Estado de Direito, segundo um ponto de vista puramente lógico formal; b) a dos autores que buscam a análise do conteúdo do Estado, para quem o Estado de Direito é o núcleo das ideias individualistas e democráticas que se realizaram no Estado Liberal.

e organização política democráticas(...)” e *Espanha* indica no art. 1º de sua Constituição que “Espanha se constitui em um Estado social e democrático de Direito”

Em relação à democracia, Platão em sua obra “ República”, Livro VIII, Montesquieu em “ O Espírito das Leis”, e ainda Tocqueville em “ A Democracia na América”, parte segunda estabelecem as razões de mudança das formas de Estado. Platão afirma que toda forma de Estado se desgasta (mesmo a democrática), por conta de seu uso exagerado e que mesmo na forma democrática pode surgir a tirania (usurpação de autoridade) que acaba por nascer da própria liberdade. O que deixa claro é que quando há democracia, a situação de tirania pode ser autocorrigida.<sup>8</sup>

Tais ideias são interessantes, pois um Estado é Democrático se está baseado em fundamentos democráticos<sup>9</sup>, como soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político, valores sociais do trabalho e livre-iniciativa. Portanto, se presentes os fundamentos acima citados, qualquer usurpação ou excesso de poder será “corrigido” (segundo dizer de Platão, Montesquieu e Toqueville) segundo mecanismos e instrumentos próprios de contenção de poder.

Interessante a conclusão do autor José Domingo Arana<sup>10</sup> que estabelece que as democracias americana e europeia apresentam suas bases sobre a igualdade, mas não a postula de uma forma material, como *v.g.* a igualdade de salários ou de propriedades, mas sim a igualdade de oportunidades. A partir do momento em que se reconhece a igualdade de oportunidades, se reconhece e se aceita o fato da desigualdade de atitudes.

Posteriormente, o mencionado autor alega que a democracia exige simplesmente que a busca das capacidades de cada indivíduo seja livre, justa e legal, não se concedendo a um ou a outro uma posição inicial mais favorável, *v.g.* por títulos hereditários<sup>11</sup>.

E, com muita propriedade, afirma:

El proceso democrático, al establecer la **igualdad de oportunidades**, reconociendo con ello la existencia de desigualdad de aptitudes; al facilitar a todos y cada uno el desarrollo al **máximo de sus posibilidades vitales**, se libera de cometer injusticias: sobre una base **mínima de participación y asistencia comunal**, de que se hablará, el más apto, el más activo, el más inteligente, obtiene provechos conforme a sus cualidades, y no lo mismo que si fuese menos apto, perezoso o retrasado mental. La democracia consagra el principio de la desigualdad empírica entre los hombres

8 ARANA, Jose Domingo de. *Democracia: dignidad humana y justicia social*. Gráficas Ellacuría: Bilbao, 1967, p.18-20.

9 CANOTILHO E VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit, p. 63.

10 ARANA, Jose-Domingo de., cit., p. 37.

11 Ibid, p. 37.

y reconoce la igualdad en el plano de la conciencia y, en principio, en las democracias clásicas, todos los hombres son reconocidos igualmente nobles (...) <sup>12</sup> (grifo nosso).

Segundo José Afonso da Silva, democracia corresponde a um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história <sup>13</sup>.

Para Lincoln a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. <sup>14</sup>

Tecidas as considerações acima expendidas sobre o conceito de democracia, observamos que o Preâmbulo da Constituição Brasileira estabelece que a República Federativa do Brasil assegurou a democracia como regime político ao afirmar:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (grifo nosso).

Portanto, restou clara a opção ideológico-política do legislador pátrio brasileiro, sustentando os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro, tratando-se de uma diretriz importante que por sua força normativa, corresponde a um mandamento vinculativo às ações praticadas pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, pela coletividade em sociedade, pelos empreendedores e pelo próprio Poder Público.

Claro é que a democracia aqui tratada não é a analisada na antiguidade grega e tão pouco a que se refere a qualquer tipo de elitismo <sup>15</sup>, mas aquela que busca a igualdade de

12 Ibid, p. 39. “ O processo democrático, ao estabelecer a igualdade de oportunidades, reconhecendo com isso a existência de desigualdade de aptidões, facilita a todos e a cada um o desenvolvimento do máximo de suas possibilidades vitais, liberando-se de cometer injustiças: sobre uma base mínima de participação e assistência comum, impõe-se que, o mais apto, o mais ativo, o mais inteligente, obterá proveitos conforme suas qualidades, diferentemente do que se fosse o menos apto, preguiçoso ou atrasado mental. A democracia consagra o princípio da desigualdade empírica entre os homens e reconhece a igualdade no plano da consciência e, em princípio, nas democracias clássicas todos os homens são reconhecidos igualmente nobres (...)” (tradução dos autores).

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, cit., p. 126.

14 Apud: Id., loc.cit.

15 Ver BIDART CAMPOS, German. Las elites políticas, p. 164, letra “i”; Apud: SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, p. 127. Ver ainda sobre o tema CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada, p. 62.

oportunidades para a conquista dos valores constitucionais e objetivos que apresentam como núcleo básico o bem-estar de todos.

### 3.2. *O Conceito de Democracia e suas Consequências Jurídicas no Cenário Ambiental*

A ideia de regime democrático nos conduz a dois pontos merecedores de análise: a) a participação do povo no processo decisório nacional e na gestão dos serviços públicos inerentes aos direitos sociais constitucionais, o que leva à participação popular (que será analisada a seguir em nosso trabalho); b) a submissão do administrador à vontade da lei.

Tais ideias são basilares ao estudo do tema de responsabilidade civil, penal e administrativa em nível ambiental, pois os danos ambientais cedem passo quando da violação de uma norma legal e podem ocorrer mesmo em face de atos omissivos que desrespeitaram os comandos constitucionais,

Assim quando o *legislador constituinte brasileiro em seu art. 225* preleciona:

Todos tem 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.(grifo nosso)

No mesmo diapasão seguiu a *Constituição Espanhola* que no art. 45 assinala:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los **poderes públicos** velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva (grifo nosso).

Portanto, o princípio democrático exige a submissão dos administradores à lei, impondo-se aos Poderes Públicos a atuação diligente e constante na prestação dos serviços destinados à consecução dos direitos sociais que concretizam o chamado meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigos.1º, inciso III, 5º, 6º, 7º, 194, 196, 205, 217, 218, 225 e 230 da *Carta Magna Brasileira*; artigos 14 a 52 da *Constituição Espanhola*) e segundo os ditames preconizados no art. 37 da Constituição Federal do Brasil.

Logo, a ideia de democracia não se pode afinar com a de negligência na consecução de desideratos constitucionais, como *v.g.* a promoção da saúde, visto que a democracia vai além de meros ditames expressos e escritos, tratando-se de um processo que deve ser construído através de ações, ou seja, da implementação de políticas públicas.

A democracia se concretiza na efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Daí, falar-se nos conceitos de democracia econômica, social e cultural, traduzidos essencialmente na responsabilidade pela promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural, na satisfação de níveis básicos de prestações sociais para todos e na correção das desigualdades sociais<sup>16</sup>

Portanto, o princípio democrático exige seu desenvolvimento em várias frentes, a saber: democracia econômica, social, cultural, política como a seguir veremos.

### 3.2.1. Democracia Econômica e o Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

Em relação à democracia econômica, Canotilho e Vital Moreira afirmam que ela se refere à chamada constituição econômica, referindo-se aos preceitos inerentes à coexistência de vários setores: propriedade, produção, planejamento democrático da economia, intervenção dos trabalhadores, controle de gestão.

Portanto, a democracia econômica encontra-se totalmente vinculada aos valores constitucionais do trabalho e da livre-iniciativa, a fim de assegurar a todos uma existência digna (arts. 1º, incisos II e III e 6º todos da *Carta Magna Brasileira*, art. 10 da *Constituição Espanhola* e artigo 1º da *Constituição da República Portuguesa*).

Assim, no que pertine ao meio ambiente natural cite-se como exemplo, o caso dos biocombustíveis que atualmente vem sendo questionados por gerarem alguns problemas em relação à produção, visto que estão competindo com a produção de alimentos, gerando o mau uso da terra e causando o desmatamento. Nesse diapasão, foi proferida a decisão do Pleno do Parlamento Europeu para limitar o uso dos biocombustíveis tradicionais e fixar a cota de 10% do consumo energético dos transportes, proceda de fontes renováveis<sup>17</sup>. Nesse sentido, um estudo da Organização Mundial da Saúde observou que o custo econômico de 600 mil mortes oriundas de contaminação atmosférica na Europa geraria um gasto de 1,6 bilhões de dólares a cada ano, sendo que as regiões que mais arcariam com os custos em relação ao PIB total seria EEUA – Georgia (35,2%), seguido de Rússia (33,5%), Bulgária (29,5%) e Ucrânia (26,7%). Em contraposição, os países nórdicos sofreriam menos como Noruega (0,3%), seguido de Finlândia (0,7%), Islandia (0,8%) o Suécia (0,9%)<sup>18</sup>.

16 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit, p. 66

17 Boletín CEDAT, N. 67, MAYO 2015. *Biocombustibles generan contaminación y hambre*. Disponível em <http://www.elnuevodia.com/ciencia/ciencia/nota/biocombustiblesgenerancontaminacionyhambre-2040417/>. Acesso em 14 de maio de 2015.

18 Boletín CEDAT, n. 67, mayo 2015. *Europa: La contaminación genera gastos por 1,4 billones de euros en muertes y enfermedades*. Disponível em: <http://www.noticiasambientales.com.ar/index.php?leng=es&nombremodulo=MEDIO+AMBIENTE&id=5076>. Acesso em 14 de maio de 2015.

Vê-se assim que o desrespeito aos princípios norteadores da democracia econômica através de uma conduta lesiva é capaz de gerar danos perversos e irreparáveis não apenas no meio ambiente natural, senão e sobretudo, ao meio ambiente do trabalho e consequentemente, em toda a ordem econômica capitalista de um país.

Outro exemplo bastante significativo no contexto brasileiro e que gera consequências inegáveis sobre os aspectos do meio ambiente é a ineficiência do saneamento ambiental<sup>19</sup> proliferadora das chamadas “moradias insustentáveis”. Sua deficiência gera consequências inegáveis à saúde da população e obstáculos ao desenvolvimento produtivo do homem trabalhador, propiciando o aumento da exclusão social e assim das desigualdades sociais. Por conta de tal quadro, a ordem capitalista nacional sofre um abalo em sua base e a pobreza, castiga continuamente milhões de brasileiros que enfrentam a busca dos fundamentos democráticos (incisos I a V do art. 1º) insculpidos constitucionalmente tendo como base fulcral o princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.2.2. Democracia Social e o Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

Canotilho e Vital Moreira afirmam que a democracia social encontra a sua gênese em aspectos referentes à realização por todos dos direitos à igualdade de oportunidades<sup>20</sup> e prestações sociais, especialmente, saúde, segurança social e moradia.

Trazendo o tema ao cenário jurídico-constitucional a democracia social se vincula ao exercício da cidadania e dignidade da pessoa humana. Sob a perspectiva constitucional brasileira, o princípio da dignidade deve ser preenchido através dos direitos presentes nos artigos 3º, 5º e especialmente 6º todos da Constituição Federal Brasileira que guardam o chamado mínimo existencial garantidor da sadia qualidade de vida prevista no art. 225 da Constituição Federal Brasileira.

Um exemplo paradigmático de violação dramática ao princípio da democracia social e gerador de danos profundos causados ao meio ambiente foi o caso Chevron-Texaco. Esta transnacional causou ao Equador, a maior catástrofe petrolífera já evidenciada, contaminando a selva amazônica equatoriana. Os danos ambientais para além de ocasionarem danos ao meio ambiente natural, geraram danos à saúde de muitas comunidades indígenas situadas nesta localidade. Indubitavelmente, muitas foram as populações locais que se viram obrigadas a deixarem a região e com isso, perdendo suas moradias e suas identidades culturais, ou seja, seus estilos de vida e capacidade de reprodução social, pois

19 FULLER, Greice Patrícia. Tese de doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo intitulada O Saneamento ambiental como condição primacial à sadia qualidade de vida e fator estruturante do Estado democrático de Direito Brasileiro, 2011.

20 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa* anotada, cit, p. 66.

restaram pulverizadas territorialmente. Demais disso, perderam suas principais fontes de sobrevivência e muitas, tiveram suas vidas ceifadas.<sup>21</sup>

### 3.2.3. Democracia Política e o Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

O regime democrático de direito, para além de ser um processo de convivência social, também deve ser entendido sob a ótica governamental, o que a doutrina denomina de democracia política.

A democracia é a forma constitucional de governo da maioria, que, sobre a base da liberdade e igualdade, assegura às minorias no parlamento o direito de representação, fiscalização e crítica<sup>22</sup>.

Portanto, a democracia política para que seja concretizada em face da defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado deve fazer valer com eficácia o princípio da soberania popular, cidadania, informação, acesso à justiça e o da participação (seja direta ou indireta) do povo no poder (vontade popular).

### 3.2.4. A Democracia Cultural e o Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

A democracia cultural tem expressão no acesso de todos à educação, cultura e especialmente, meios de comunicação social e à informação.

O regime democrático constitui-se em um processo, mas também não se pode olvidar que seja um governo do povo, pelo povo e para o povo, o que quer dizer que o Estado deve imprimir árduos e constantes esforços para o atingimento dos direitos fundamentais referentes à cultura e informação daquele, com o fim de não ser gerada a exclusão social. Portanto, ao se dizer, especialmente, governo para o povo, quer-se afirmar que este deve conduzir o homem à liberação não apenas de imposições autoritárias, mas, sobretudo, objetiva garantir ao máximo, através de prestações positivas do Estado, a segurança, o bem-estar, a igualdade, enfim, a própria dignidade de sua existência. Se assim não for, a democracia como autogoverno do povo será um mito.<sup>23</sup>

21 Durante o período de 1964 a 1992 Texaco (hoje denominada Chevron) construiu poços e estações de produção petrolífera na região norte da Amazônica. Quando iniciou suas operações detinha aproximadamente 1.500.000 hectares de selva, onde viviam várias comunidades indígenas. Com os danos ambientais nas águas superficiais e subterrâneas, bem como no solo, decorrentes da atividade poluente, vários habitantes sofreram de enfermidades como câncer, defeitos congênitos em recém-nascidos, abortos espontâneos dentre outros. Texaco-Chevron. Disponível em [www.texacotoxico.org](http://www.texacotoxico.org)

22 PINTO, Luiz Ferreira. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno*. São Paulo: Saraiva, 1983, t.1, p. 171.

23 FULLER, Greice Patrícia. *O saneamento ambiental como condição primacial à sadia qualidade de vida e fator estruturante do Estado Democrático de Direito*, cit., passim.

Apesar de o método democrático resolver o problema da legitimidade do poder é necessário e fundamental que seja eficiente<sup>24</sup>.

Pois bem.

Para que haja a citada eficiência, faz-se mister que o Poder Público tome decisões pautadas na conformação da opinião pública (princípio da participação ambiental) sobre um determinado empreendimento caracterizado como um plano, programa ou projeto.

Entretanto, para que haja a formação da opinião pública, resta imprescindível a existência de informação ambiental.

Informação certamente é poder, mas como bem afirma Bobbio, se um poder (legítimo) não for eficiente, deixará de ser um poder, pois apenas o consenso do povo não é suficiente<sup>25</sup>. Para que seja eficiente deve ser objetiva e condizente com a verdade fática.

Nesse sentido, nos explica Angel Ruiz de Apodaca Espinosa a informação ambiental, procedente das Administrações públicas ou dos autores interessados à realização de um empreendimento ambiental devem ser adequadas e transparentes, conforme preconiza o Convenio de Aarhus de 1998 (informação, participação e acesso à justiça).

A transparência<sup>26</sup> é elemento imprescindível que segundo o citado autor “(...) aparece en nuestros días como paradigma de buena administración, de cumplimiento escrupuloso de la legalidad vigente y de lucha frente a la corrupción”.<sup>27</sup>

Portanto, o autor enuncia, em conclusão, que os elementos da chamada “democracia ambiental” são o direito à informação, participação e acesso à justiça.<sup>28</sup>

Para nós, entretanto, a democracia ambiental apresenta para além do tríduo acima mencionado os demais quesitos dos pontos-de-vista acima desenvolvidos, a saber: econômico, político, cultural e social.

24 SCHEINEDER, H. P. assevera que se as clássicas liberdades fundamentais não de ser hoje algo mais que liberdades sem probabilidade de realização, seu conteúdo também deve ser algo mais que simples proteção contra as intervenções do Estado; devem consistir em direitos a prestações sociais que compreendem – desde o ponto de vista subjetivo – tanto a colocação em marcha da atividade geral estatal – quanto a pretensão de aproveitar serviços já prestados ou instalações já existentes. Apud: SARLET, Ingo. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 62

25 BOBBIO, Norberto. *Qual democracia?* São Paulo: Loyola, 2010, P. 51

26 Ver Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobado por Consejo de Ministros de 27 de julio de 2012. O mencionado projeto também se aplica à informação ambiental, no que não colida com a Lei 27/2006 (Lei de informação, participação e acesso à justiça em matéria de meio ambiente).

27 APODACA ESPINOSA, Angel Ruiz de . Transparencia empresarial e información ambiental, Madrid: Inap (Instituto Nacional de Administración Pública), 2013, p. 387-388. In: SANZ LARRUGA, F. Javier; GARCIA PEREZ, Marta y PERNAS GARCIA, J. Jose (Dir). *Libre mercado y Protección Ambiental: intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*: “(...) aparece em nossos dias como paradigma de boa administração, de cumprimento escrupuloso da legalidade vigente e de luta contra a corrupção” (tradução livre dos autores).

28 Ibid, p. 388.

Dessa forma, imperiosa é a conclusão de que a democracia ambiental deve objetivar a superação, ao máximo, das desigualdades, incorporando em si os valores da liberdade e do bem-estar, sendo bastante elucidativa a ideia de Norberto Bobbio que nos brinda com as seguintes palavras :“(...) o regime democrático é caracterizado não tanto pelas instituições de que se vale quanto pelos valores fundamentais que os inspiram e aos quais tende. As instituições são apenas meios para alcançar certos fins”<sup>29</sup>

### 3.2.5. Democracia Pluralista e o Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

A democracia dita ambiental encontra-se em meio a tensões existentes nos múltiplos grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos (democracia pluralista), com as de uma sociedade livre, justa, fraterna e solidária (art. 3º, inciso I), pois o pluralismo aponta para uma realidade humanista de fundo igualitário que supõe a superação dos conflitos, e, assim, fundamenta a integração social, que evita os antagonismos irredutíveis que destroem o princípio pluralista. 748

Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo<sup>30</sup>, os atributos da soberania e da cidadania só serão efetivados concretamente com o controle do Estado Democrático de Direito, por meio da eleição de seus representantes pelo voto direto e secreto dentro de uma estrutura que permita o direito de escolha de um representante e o de ser escolhido como representante dentre de um pluralismo partidário. Portanto, o pluralismo político sagra a ideia da democracia e de que com esta estrutura, o povo tenha mais possibilidade de optar entre concepções ideológicas, essencialmente, aquelas que apresentam em seu bojo ideias de índole ambiental.

## 4. Participação Ambiental: Uma Necessidade Oriunda da Democracia

A participação ambiental é considerada um processo<sup>31</sup> que permite o envolvimento e o fomento do interesse na proteção do meio ambiente através do diálogo, no qual se transfere conhecimento tanto pelos órgãos públicos como pela sociedade, influenciando a dinâmica do compartilhamento do controle<sup>32</sup> de ações que validam propostas dirigidas aos poderes competentes de tomada de decisões.

29 BOBBIO, Norberto. *Qual democracia?* São Paulo: Loyola, 2010, p. 22-24.

30 Idem, *Princípios constitucionais da Sociedade da Informação: a tutela jurídica do meio ambiente digital*. Saraiva: São Paulo, 2015, p. 34.

31 CLAD, *Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública*. Portugal, 2009, p. 9.

32 BRINKERHOFF, Derick. y GOLDSMITH, Arthur. *How citizens participate in macroeconomic policy: internacional experience and implications for poverty reduction*. Grã-Bretanha, 2003, p. 685-701.

Ademais, a participação é considerada como um elemento valioso à democracia<sup>33</sup> e criadora da cultura da corresponsabilidade, inclusive a ambiental, na construção de uma comunidade<sup>34</sup>. Trata-se de um instrumento, com farto arcabouço jurídico (item que concede poder ao cidadão através do incentivo de sua participação de forma direta ou indireta, fomenta a cultura cívica que a médio ou longo prazo será importante para a melhoria constante das relações sociais).

A participação ambiental é necessária, mas não é suficiente para gerar espaços<sup>35</sup>, considerando-se que apresenta efeitos positivos, porque gera o desenvolvimento de conhecimento, incrementa habilidades e virtudes dos indivíduos<sup>36</sup>, ainda que possa ter baixo impacto de atuação em algumas situações ou se desenvolve de maneira temporal<sup>37</sup> (e não constante).

A participação que busca uma mudança direta, pode desenvolver-se através do *referendum* ou plebiscito, como procedimento jurídico que através do voto proporciona o impacto nas propostas ou ações governamentais, obtendo um resultado efetivo ou por meio de uma consulta popular que inclua uma grande parte da população, propiciando apenas o conhecimento da opinião sem ocasionar de maneira direta uma mudança particular.

A riqueza do conhecimento e as virtudes individuais (imateriais) de cada indivíduo que se encontra preocupado e interessado pelo meio ambiente que o rodeia, acaba por convertê-lo em um melhor cidadão<sup>38</sup>, porque se envolve no âmbito público e busca criar maiores espaços públicos para o debate e a articulação política<sup>39</sup>, como parte do reforço de uma ação coletiva para as propostas ou recomendações em uma comunidade.

A participação será considerada mais efetiva e genuína quando o esforço e o compromisso da participação se encontra institucionalizada, existe uma maior continuidade e produz eficácia política.<sup>40</sup>

33 MICHELS, A. *Innovations in democratic governance: how does citizen participation contribute to a better democracy?* Elsevier Science Ltda. 2011, p. 275.

34 SOARES FERREIRA, Cristina María. y FONSECA, Alberto. *Public participation in the municipal environmental councils of the medio piracicaba region of minas gerais state*. Brasil, Ambiente & Sociedade, 2014, p. 238

35 AGUIRRE SALA, Jorge Francisco. *La participación ciudadana mediática para descentralizar al Estado (Citizenship.com.2.0)*. Espanha: Araucaria, 2012, p. 36.

36 MICHELS, Ank. *Innovations in democratic governance: how does citizen participation contribute to a better democracy?*, Cit., p. 276.

37 BRUCH, Sarah K. MARX FERREE, Maira y SOSS, Joe. *From policy to polity: democracy, paternalism, and the incorporation of disadvantaged citizens*. USA: Sage Publications. 2010, p. 211.

38 MOYNIHAN, Donald. y HERD, Pamela. *Red tape and democracy: how rules affect citizenship rights*. USA: Sage Publications, 2010, p. 658.

39 SOARES FERREIRA, Cristina María. y FONSECA, Alberto. *Public participation in the municipal environmental councils of the medio piracicaba region of Minas Gerais state.*, cit, p. 238.

40 NABATCHI, Tina. *Addressing the citizenship and democratic deficits: the potential of deliberative democracy for public Administration*. USA: Sage Publications, 2010, p. 378.

Alguns países latino-americanos promovem espaços de desenvolvimento de participação destinados a escutar a sociedade, motivá-la a participar e interessar-se nos assuntos de caráter ambiental, cujo benefício se propaga nas políticas públicas. Entretanto, desenvolver mecanismos de participação ambiental, nos quais possam intervir diferentes indivíduos e instituições requer organização tanto para a eleição dos membros que participaram coordenando as atividades, como para o público interessado que busque permanecer durante todo o processo de consulta e participação.

Segundo o estudo de caso<sup>41</sup>, referente à participação em políticas públicas em CentroAmérica ( Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica e Panamá), observou-se que através dos conselhos consultivos nacionais, regionais ambientais e de desenvolvimento urbano e rural, fomentaram a conservação e o uso racional e sustentável dos recursos e a proteção do meio ambiente, a participação dos cidadãos em atividades de proteção e conservação, restauração, manejo adequado do meio ambiente, educação e investigação ambiental para formar a consciência ecológica na população.

#### 4.1. Colaboração Institucional e Participação Cidadã Ambiental

Os governos em face de suas legislações internas assim como os tratados internacionais dos quais são signatários, consideram a participação ambiental como forma de controle jurídico nas decisões político-administrativas<sup>42</sup>, instrumentalizando-a nas audiências públicas para a análise de realização de obras e atividades potencialmente poluidoras, garantindo-se sobremaneira os direitos fundamentais de caráter difuso e coletivo.

Apesar dos Estados possuírem um marco legal que proíba a realização de atividades<sup>43</sup> de desenvolvimento produtivo que coloquem em risco o equilíbrio do ecossistema, o Estado descuidou (e descuida) em algumas ocasiões da respeito às normas ambientais, autorizando projetos, gerando conflitos e violando direitos humanos que gerarão danos ao meio ambiente. Contudo, deve-se deixar claro que esta situação de observância ao cumprimento da normatividade não é somente responsabilidade do Estado, mas também do cidadão.

Como já visto em momento anterior, a responsabilidade de tutela jurídica ao meio ambiente é do Poder Público, mas também da coletividade que tem o dever legal de

41 SOL ARRAIZA, Ricardo. *El desafío de la participación ciudadana en el Estado Democrático de Derecho*. Costa Rica: ASDI, 2012, p. 162.

42 CARREÑO BUSTAMANTE, María Teresa. *El papel de la participación ciudadana en la eficacia de las decisiones político-administrativas y ambientales en la protección del derecho a un medio ambiente sano de las comunidades ubicadas alrededor de la quebrada Manizales en la zona industrial de Maltería*. Colombia: Centro de Investigaciones Sociojurídicas, 2010, p. 196.

43 QUINTERO BURGOS, Genoveva. *Políticas públicas y el medio ambiente*. Costa Rica: Fundación Dialnet, 2008, p. 143.

cuidar, proteger e ordenar o território. Assim, como forma de exercício da obrigação acima mencionada, a participação se mostra como importante instrumento ao processo de democratização.

Importante notar que a participação deve buscar obter da sociedade recomendações que contribuam para melhorar a gestão ambiental e não ser um mero procedimento para cumprimento formal do que se denomina e já foi mencionado alhures, democracia participativa.

A colaboração institucional com as organizações não governamentais e instituições de investigação é de suma importância devido a elas possuírem informação objetiva e experiência em modelos de desenvolvimento com transcendência local, assim como também com o setor empresarial.

A Carta Iberoamericana de Participação Cidadã e Gestão Pública<sup>44</sup> estabelece no segundo capítulo que o processo de formação de políticas públicas deve reforçar a ideia de que os poderes públicos mantenham e propiciem mecanismos de participação, do direito ao acesso da justiça, do uso de espaços públicos e da proteção ao meio ambiente, cabendo assinalar que para que tudo isso seja efetivado, há a necessidade primordial do fomento à educação ambiental.

Assim, vale dizer que a educação ambiental somente será efetivada se houver o reforço de valores cívicos e o fortalecimento da figura do indivíduo nas decisões que transcendem a competência local e na consciência de que há um interesse mútuo entre ele e a própria comunidade. Conclui-se que as participações pontuais e sem o perfil de constância nos projetos ambientais, não produz o efeito desejado de ser um aspecto diretivo à tomada de decisões e tão pouco sustenta a ideia de que são instrumentos ao alcance da coletividade que é a um só tempo, direito e dever de responsabilidade para a manutenção da sustentabilidade ambiental.

## **5. Cidadania: O Pleno Exercício do Direito a ter Direitos e da Responsabilidade na Proteção do Meio Ambiente**

Assim, enquanto houver pessoas a viverem e morrerem em um ciclo cruel e dramático entre o lixo, ausência de água para beber, falta de esgotamento sanitário, paisagens degradantes, destruição deliberada da flora, solo e fauna, reduzindo-lhes a oportunidade de exercerem a cidadania, consumarem os fundamentos democráticos e efetivarem o direito de participação, impossível será a realização da tutela jurídica do meio ambiente.

---

<sup>44</sup> CLAD, *Carta Iberoamericana de Participação Ciudadana en la Gestión Pública*, cit., p. 7.

### 5.1. A Cidadania Ambiental e seu Conceito em Face do Século XXI

A concepção de cidadania, segurança ambiental, bem-estar e justiça ambiental encontram-se intimamente unidas, pois só haverá a consagração de todos os elementos ora aduzidos quando em um Estado Democrático, o cidadão tiver o pleno gozo de seus direitos constitucionais e exercê-los segundo critérios de respeito à dignidade alheia, ou seja, velando não apenas por seu bem estar e sadia qualidade de vida próprios, senão também alheios.

O conceito de cidadania nasceu em 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelecendo as primeiras normas para assegurar, inicialmente, a liberdade individual e a propriedade. Posteriormente, o vocábulo cidadania sofreu uma ampliação sobre seu conceito, agregando-se a ele uma concepção mais ampla manifestada na mobilização da sociedade para a conquista de novos direitos e na participação direta da população na gestão da vida pública fundamental à democracia participativa, através, v.g., da discussão democrática do orçamento da cidade ou de ações populares.

A cidadania, sob o ponto-de-vista jurídico-constitucional brasileiro é considerada como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro. Encontra-se também prevista nos artigos 4º e 19 da Declaração de Estocolmo de 1972, art. 10 da Declaração Rio de 1992. Deve ser entendida como instrumento de concretude ao exercício da dignidade da pessoa humana, constituindo essencialmente o *direito a ter direitos*, segundo a concepção de Hannah Arendt.

Contudo, faz-se mister observar-se que o conceito de cidadão sob o ponto-de-vista ambiental deve ser articulado para além da ideia restritiva que preconiza que ser cidadão é estar no gozo de seus direitos políticos, tendo, portanto, a capacidade eleitoral ativa e passiva<sup>45</sup>.

Ser cidadão transcende o conceito acima, pois sua base de entendimento está no princípio da isonomia. Portanto, princípio da cidadania tem como base constitucional a chamada *igual dignidade social*, podendo ser assim explicada:

Este princípio tem como base constitucional a **igual dignidade social** de todos os cidadãos (nº1) – que não é mais do que um corolário da igual dignidade humana de todas as pessoas (cf. Art. 1º) –, cujo sentido imediato consiste na proclamação da idêntica ‘validade cívica’ de todos os cidadãos, **independentemente da sua inserção econômica, social, cultural e política**, vedando-se, desta feita, formas de tratamento ou de

45 José Celso de Mello Filho dispõe que a expressão “cidadão” define a pessoa natural no gozo dos. Direitos políticos, sendo um atributo exclusivo das pessoas físicas ou naturais. In: *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 409. No mesmo diapasão, Manoel Gonçalves Ferreira Filho informa que por tradição romana, cidadão é aquele no gozo dos direitos políticos. In: *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Saraiva: São Paulo, 1988, p. 83.

consideração social discriminatórias. A partir desse quadro, o conceito constitucional de cidadão compreende a noção de ser ‘**toda pessoa humana no gozo pleno de seus direitos constitucionais**’<sup>46</sup> (grifo nosso).

Adela Cortina Orts<sup>47</sup>, de forma muito elucidativa, apresenta as dimensões<sup>48</sup> de cidadania: a) cidadania política: direito à participação em uma comunidade política; b) cidadania social: consagra a justiça como exigência ética da sociedade de bem viver e a preocupação em garantir à coletividade condições mínimas ao exercício da cidadania; c) cidadania econômica: participação na gestão e nos lucros da empresa, ensejando a transformação produtiva com equidade; d) cidadania civil: afirmação de valores cívicos como liberdade, igualdade, respeito ativo, solidariedade, diálogo; e) cidadania intercultural: afirmação da interculturalidade como projeto ético e político frente ao etnocentrismo.

Conclui-se, portanto que em havendo a exposição do homem a um ambiente ecologicamente insalubre – no qual as enfermidades são verdadeiros obstáculos ao exercício da democracia social, cultural, política e econômica – não há como falar-se em cidadania sob o ponto de vista de que ser cidadão é estar no gozo dos direitos constitucionalmente elencados.

Adela Cortina Orts<sup>49</sup> afirma que essas dimensões não são apenas maneiras de obtenção de proteção e reconhecimento de direitos, mas, também, formas de ação e interação dos indivíduos com o fim de que assimilem a consciência de que são responsáveis de suas condições de vida pessoais e coletivas (*v.g.* as enchentes no Brasil são provocadas por problemas de drenagem urbana aliados à ausência educacional de uma população que ainda tem como prática nociva o descarte de resíduos nos cursos d’água e nas ruas<sup>50</sup>).

## 5.2. Governança e Meio Ambiente: Instrumento de Participação e Cidadania

### 5.2.1. Conceito de governança

Governança se apresenta como sinônimo de bom governo ou boa governabilidade<sup>51</sup>, onde a administração pública deve facilitar aos cidadãos um desenvolvimento integral no

46 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., p. 126

47 CORTINA ORTIS, Adela. *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. São Paulo: Edições Loyola, 2005. passim

48 CORTINA ORTIS, Adela. *Ética mínima: introducción a la filosofía practica*. Madrid: Tecnos, 2006, CORTINA ORTIS passim.

49 Ibid, passim.

50 FULLER, Greice Patrícia. O Saneamento ambiental como condição primacial à sadia qualidade de vida e fator estruturante do Estado democrático de Direito Brasileiro, cit., Disponível em [www.sapientia.pucsp.br](http://www.sapientia.pucsp.br)

51 SANTES ÁLVAREZ, Ricardo V. y REIMANN GONZÁLEZ, Hugo. *Gobernanza de la infraestructura y sustentabilidad ecosistémica en Punta Colonet, Baja California*, México: UNAM-IIS, 2013, p. 94.

território, oferecer benefícios sociais, possibilidades econômicas e espaços de lazer, assim como, abrir espaços destinados à participação nas políticas econômicas, políticas ou sociais, como ente coordenador das ações para que o processo de gestão administrativa seja transparente, efetivo e equitativo.

O vocábulo governança pode ser utilizado em diferentes contextos, a saber: desde a governança governamental, corporativa ou empresarial até internacional ou local. O instituto da governança nutre-se de mecanismos institucionais<sup>52</sup>, seja através de contratos, convênios ou normatividades que garantam uma boa administração e melhoria na gestão pública.

A ideia principal que busca desenvolver a governança se consolida quando se apresentam elementos como a participação, a legalidade, transparência, responsabilidade, o consenso, a equidade, a eficácia e eficiência e a sensibilidade. Cada um destes elementos reflete um compromisso tanto dos executores como por parte dos receptores dos serviços. Entretanto, a falta de algum de estes elementos não pode determinar a ideia da existência de uma má governança ou um mau governo, pois dependerá do contexto no qual se desenvolva a gestão administrativo.

### 5.2.2. Características da Governança

A participação como elemento da democracia compreende uma comunicação baseada no respeito às liberdades de expressão de ideias que possam surgir de maneira justificada e que sem importar o gênero, a forma de seu desenvolvimento (via direta individual ou coletiva ou indireta, através de representantes) terá sentido de corresponsabilidade.

A legalidade para um governo representa a assinatura de confiança, ou seja, de fiança moral que foi depositada aos governantes através do voto para o correto exercício das ações da administração pública. A legalidade, inegavelmente, contempla um estado de direito, no qual há um margo legal que deve ser respeitado de forma imparcial sem vulneração dos direitos humanos.

A transparência fortalece ainda mais a confiança nas ações e recursos públicos disponíveis. Por isso, para consolidar-se este elemento de governança, as instituições criam departamentos de acesso à informação pública.

O consenso busca a aprovação de ideias, propostas e a aceitação legítima das ações pelos autores envolvidos e interessados através do consenso que terá como ponto de equilíbrio interesses públicos, privados e difusos (meio ambiente).

---

52 SPEER, Johanna. *Participatory governance reform: A good strategy for increasing government responsiveness and improving public services?*, United Kingdom:Elsevier Ltd. 2012, p. 2379.

A equidade prevê a derivação de benefícios de maneira proporcional ao indivíduo, de acordo com suas necessidades e possibilidades, sem a geração de exclusão social de maneira direta ou indireta.

Para um bom governo, requer-se uma visão economicista, maximizando procedimentos em serviços de uma maneira eficiente, sendo responsável com os recursos disponíveis e garantindo a sustentabilidade, sem o comprometimento de maneira negativa ao bem-estar e à qualidade de vida.

Por último, a sensibilidade corresponde a atividade de escutar as necessidades básicas urgentes da população, estabelecer juízos de valor que devam primar sobre a utilidade que se possa existir entre poder público e administrados.

### 5.2.3. Experiências e Expressões de Governança

Os mecanismos de governança participativa aplicam-se a países em desenvolvimento, impulsionando o exercício da cidadania e da qualidade democrática<sup>53</sup> tendente ao bem comum. A participação pode estar firmemente estabelecida pelo assessoramento constante, essencialmente, através das instituições não governamentais. Serão essas que constantemente buscam maiores espaço de participação em diferentes temas, incluindo o meio ambiente.

Ackerman citado por Semper, observa que em alguns países<sup>54</sup> a governança participativa desenvolve-se em audiência públicas (Índia, Filipinas), comitês de vigilância (Bolívia, Filipinas); instrumentos participativos (Brasil, Perú) e foros para tomada de decisões participativa para a prestação de serviços (Bolívia, Mali, Uganda e México). Por outro lado, a governança não somente legitima os governos, como também a própria sociedade organizada e não organizada que busca ser ouvida como cidadã<sup>55</sup> não somente através da participação, senão de manifestar sua aprovação, confiança e compromisso cidadão ao respeito às leis, fortalecendo-se assim, o contrato social cunhado por Rousseau.

### 5.2.4. Governança e Nova Gestão Pública

Em sequência ao tópico anterior, na busca de um melhor governo transita a administração pública para uma nova perspectiva de gestão pública que apropria um conceito de

53 BOULDING, Carew. y WAMPLER, Brian. *Voice, votes and resources: evaluating the effect of participatory democracy on well-being*. United Kingdom: Elsevier Ltd. 2010, p. 125.

54 SPEER, Johanna. *Participatory governance reform: a good strategy for increasing government responsiveness and improving public services?*, cit., p. 2379.

55 GAVENTA, John. y BARRET, Gregory. *Mapping the outcomes of citizen engagement*. United Kingdom: Elsevier Ltd. 2012, p. 2400.

modernização administrativa, cujo impacto se concretiza nas reformas de governos locais. Há um autoquestionamento e o enfoque de como se destinam os recursos muda de direção: se a administração pública se dedicava a conceder os serviços à população gastando todos seus recursos assumidos em cada dotação orçamentária, atualmente, a ideia do uso destes mesmos recursos deve ser estabelecida em função das metas a alcançar em uma dotação de recurso baseada na justificação à população de seus objetivos, utilizando-se de medidas e indicadores de impacto nos quais os resultados serão concretamente baseados.

Como afirma Liisa Häikiö<sup>56</sup>, em lugar de “cidadania, direitos cidadãos e participação política”, a chamada Nova Gestão Pública considera o indivíduo como “cliente, consumidor, usuário”. Com a proposta da Nova Gestão Pública há a compensação da tradição governamental paternalista, havendo a ideia de que o cliente, usuário e consumidor que paga pelo serviço pode exigir uma boa prestação do mesmo, perfazendo-se uma relação contratual de ordem e serviço e não uma relação pautada na esperança que o governo como instituição de apoio brindará o cidadão com seus serviços.

### 5.2.5. Governança, Cidadania e Meio Ambiente

A governança constitui uma das expressões de cidadania ambiental e se instrumentaliza através de movimentos civis acompanhados em algumas ocasiões por organizações civis, onde se manifesta a conformidade ou inconformidade em relação a algumas decisões políticas e ambientais e se propõe novas diretrizes para serem incluídas democratizando o governo<sup>57</sup>, fazendo valer o “direito a ter direitos”<sup>58</sup> em face dos direitos sociais e ambientais.

A observância das ações governamentais para a consolidação da governança é necessária posto que através da sinergia<sup>59</sup> que se estabelece pelas tensões entre a sociedade e os que administram o patrimônio público se reforça o compromisso de desenvolvimento, onde a democracia e os direitos humanos se unem<sup>60</sup>.

Em nível internacional há o desenvolvimento de uma governança mundial, na qual as instituições buscam estabelecer um conjunto de práticas que melhorem a cooperação,

56 HÄIKIÖ, Liisa. *The diversity of citizenship and democracy in local public management reform*. United Kindom. Taylor & Francis, 2010. p. 364.

57 ROLNIK, Raquel. *Democracy on the Edge: Limits and Possibilities in the Implementation of an Urban Reform Agenda in Brazil*. USA. Joint Editors and Blackwell Publishing Ltd. 2011. p. 252.

58 HELLER, Patrick. y EVANS, Peter. *Taking Tilly south: durable inequalities, democratic contestation, and citizenship in the Southern Metropolis*. USA. Springer Science+Business Media B.V. 2010. p. 445.

59 ANDREWS, Rhys. COWELL, Richard. y DOWNE, James.. *Promoting civic culture by supporting citizenship: what difference can local government make?* Blackwell Publishing Ltd, 2011, p. 598

60 BESSON, Samantha. *Human rights and democracy in a global context: decoupling and recoupling*. Suecia. CoAction Publications, 2011. p. 19.

gerindo de forma mais efetiva as práticas de caráter obrigatório que variam desde tratados até resoluções e declarações não vinculantes.

Esse contexto pode ser analisado à luz do Direito Ambiental, senão vejamos.

Suíça, por exemplo, considera a sustentabilidade ambiental como indispensável e pre-requisito a toda política de desenvolvimento, estabelecendo sua governança ambiental. Portanto, a governança ambiental deve conter marcos normativos e políticos que venham a facilitar e facultar a criação de instâncias ambientais.

Citando-se um caso específico sobre o assunto em face da União Europeia, vê-se que a Comissão Europeia estabeleceu a denominada “Folha de caminho/rota para a ordenação do espaço marítimo: criação de princípios comuns na UE”, a qual possui 10 princípio para a ordenação do meio ambiente marítimo e destinada aos países que integram a UE. Trata-se de um marco de governança ambiental recomendada a todos os governos nacionais.

Outro interessante exemplo é o Instituto Internacional de Direito e Meio Ambiente (IIDMA) na Espanha que elaborou o “Guia prático sobre a governança para a proteção do meio marinho” como instrumento de informação, consulta e ferramenta legal para todos os atores interessado na ordenação e gestão do meio ambiente marinho.

## 6. Conclusões

1. A tutela jurídica em face do meio ambiente se impõe diante do Poder Público e da coletividade, o que gera a análise da base conceitual e interrelacionada sobre democracia, participação e cidadania, valorando-se aspectos multifacetários de seus desdobramentos na seara ambiental.

2. A democracia deve ser analisada de acordo com os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, soberania, bem-estar e ainda considerando-se seus vários desdobramentos nas óticas econômica, social, política e cultural e em face do meio ambiente. Contudo, frise-se que a democracia deve ser efetivada através de políticas públicas que supram as deficiências socioambientais de um país para que não se transforme apenas em mito, mas sim, em diretriz a ser seguida pelas instituições privadas e pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo.

3. A participação, como instrumento à efetivação da democracia, desenvolve a ideia de que haja necessária informação transparente e educação ambiental, pois caso contrário, não terá o impacto necessário como diretriz à tomada de decisões pelos órgãos públicos e à governança, sustentando-se a imposição de que o tema do meio ambiente possa ser introduzido como ponto de referência central para a geração de reformas políticas e econômico-ambientais.

4. O conceito de cidadania sob a ótica constitucional ambiental deve ser construído não mais sobre o prisma da doutrina tradicional que leva a ideia de ser cidadão aquele que se encontra no gozo dos direitos políticos, mas sim, a noção de toda pessoa que se encontra no gozo dos seus direitos constitucionais, sem referência a questões de ordem econômica ou política. A noção de cidadania baseada na expressão “direito a ter direitos” encontra ligação e adequação aos conceitos de participação ambiental que instrumentaliza o citado vocábulo e de democracia que tem sua base conceitual abrangida pela ideia de igualdade de oportunidades. Nesse diapasão, conclui-se que toda pessoa humana tem o direito a ter igualdade de oportunidades, a saber: a viver com qualidade de vida e em um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## 7. Referencias

- AGUIRRE SALA, Jorge Francisco. *La participación ciudadana mediática para descentralizar al Estado* (Citizenship.com.2.0). Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 15, nº 29. Primer semestre, Araucaria. 2012.
- ANDREWS, Rhys. Cowell, Richard. y Downe, James. *Promoting civic culture by supporting citizenship: what difference can local government make?* Oxford, Public Administration. Vol. 89, No. 2, pp. 595–610. Blackwell Publishing Ltd, 2011.
- ARANA, Jose- Domingo de. *Democracia dignidad humana y justicia social.*: Gráficas Ella-curía: Bilbao, 1967.
- BESSON, Samantha. *Human rights and democracy in a global context: decoupling and recoupling.* Suecia. Ethics & Global Politics, Vol. 4, No. 1, pp. 19-50. CoAction Publications. 2011.
- BIDART CAMPOS, German J.. *Las elites políticas.* Buenos Aires :Ediar, 1977.
- BOBBIO, Norberto. *Qual democracia?* São Paulo: Loyola, 2010.
- BOLETIN CEDAT, N. 67, MAYO, 2015. *Biocombustibles generan contaminación y hambre.* Disponível em: <http://www.elnuevodia.com/ciencia/ciencia/nota/biocombustiblesgenerancontaminacionyhambre-2040417/>.
- BRINKERHOFF, Derick. y GOLDSMITH, Arthur. *How Citizens Participate in Macroeconomic Policy: International Experience and Implications for Poverty Reduction.* *World Development* Vol.31, No.4, Pergamon, Elsevier Science Ltda, 2003.
- BRUCH, Sarah K. MARX FERREE, Maira y SOSS, Joe. *From Policy to Polity: Democracy, Paternalism, and the Incorporation of Disadvantaged Citizens.* *American Sociological Review* 75(2), American Sociological, Sage Publications. 2010.
- BOULDING, Carew. y WAMPLER, Brian. *Voice, Votes, and Resources: Evaluating the Effect of Participatory Democracy on Well-being* *World Development* Vol. 38, No. 1, pp. 125–135, Elsevier Ltd, 2010.

- CANOTILHO E VITAL MOREIRA. *Constituição da República portuguesa anotada*, Coimbra: Coimbra, 1993.
- CARREÑO BUSTAMANTE, María Teresa. *El papel de la participación ciudadana en la eficacia de las decisiones político-administrativas y ambientales en la protección del derecho a un ambiente sano de las comunidades ubicadas alrededor de la quebrada Manizales en la zona industrial de Maltería*. Manizales, Colombia., No. 12. Ambiente Jurídico, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, 2010.
- CLAD. *Carta Iberoamericana de Participación, Ciudadana en la Gestión Pública. Aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado*, Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio, 2009.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Hoja de ruta para la ordenación del espacio marítimo: creación de principios comunes en la UE*. Bruselas, Comunicación de la Comisión. 791 final. 2008.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, v.1  
 \_\_\_\_\_. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno*. São Paulo:Saraiva, 1983, t.1, p. 171.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Saraiva:São Paulo, 1988.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.  
 \_\_\_\_\_. *Princípios Constitucionais do Direito da Sociedade da Informação: a tutela jurídica do meio ambiente digital*. São Paulo:Saraiva, 2015.
- FULLER, Greice Patrícia. Tese de doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo intitulada *O Saneamento ambiental como condição primacial à sadia qualidade de vida e fator estruturante do Estado democrático de Direito Brasileiro*, 2011.
- GAVENTA, John. y BARRET, Gregory. *Mapping the Outcomes of Citizen Engagement*. United Kindom World Development Vol. 40, No. 12, pp. 2399–2410, Elsevier Ltd. 2012.
- GUZMÁN DÍAZ, Ricardo. *Ética ambiental y desarrollo: participación democrática para una sociedad sostenible*. Polis, Revista Latinoamericana, Volumen 12, No. 34, 2013.
- HÄIKIÖ, Liisa. *The diversity of citizenship and democracy in local public management reform*. Finland. Public Management Review Vol. 12 Issue 3, pp. 363–384. Taylor & Francis. 2010.

- HELLER, Patrick. y EVANS, Peter. *Taking Tilly south: durable inequalities, democratic contestation, and citizenship in the Southern Metropolis*. USA. Theor Soc (2010) No. 39, pp. 433–450, Springer Science+Business Media B.V. 2010.
- HUICI, L. y ELIZALDE, M.. *Derechos humanos y cambio climático, Seminarios participativos sobre la carta de derechos humanos emergentes*. Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC), 2007.
- IDHC . IDHC en el marco del Foro Universal de las Culturas Barcelona, titulado “*Derechos Humanos, Necesidades Emergentes y Nuevos Compromisos*”, 2004.
- IDMA, *Gobernanza para la protección del medio marino en España*. España. Medio Ambiente. Caja Madrid Obra Social. 2009.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo:Saraiva, 1986.
- MICHELS, Ank. *Innovations in democratic governance: how does citizen participation contribute to a better democracy?*. International Review of Administrative Sciences. 77(2) 275–293. Sage Publications, 2011.
- MOYNIHAN, Donald. y HERD, Pamela. *Red Tape and Democracy: How Rules Affect Citizenship Rights*. The American Review of Public Administration 40(6), Sage Publications 2010.
- NABATCHI, Tina. *Addressing the Citizenship and Democratic Deficits: The Potential of Deliberative Democracy for Public Administration*. The American Review of Public Administration 40(4). Sage Publications, 2010.
- PICO MANTILLA, Galo. *Protocolos y convenios sobre el medio ambiente. Resumen de convenios, protocolos y foro sobre el medio ambiente*. Altos Estudios e Investigación de la Escuela Judicial de América Latina (EJAL), Centro Andino de Integración. 2011.
- QUINTERO BURGOS, Genoveva. *Políticas públicas y el medio ambiente*. Tecnología en Marcha, Vol. 21-1, Enero-Marzo, 2008.
- ROLNIK, Raquel. *Democracy on the Edge: Limits and Possibilities in the Implementation of an Urban Reform Agenda in Brazil*. USA. International Journal of Urban and Regional Research, Volume 35.2 March, pp. 239–55, Joint Editors and Blackwell Publishing Ltd. 2011.
- RUIZ APODACA , Angel . *Transparencia empresarial e información ambiental*, Madrid: Inap (Instituto Nacional de Administración Pública), 2013. In: SANZ LARRUGA, F. Javier; GARCIA PEREZ, Marta y PERNAS GARCIA, J. Jose (Dirs). *Libre mercado y Protección Ambiental: intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*.
- SARLET, Ingo. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- SANTES ÁLVAREZ, Ricardo V. y REIMANN GONZÁLEZ, Hugo. Gobernanza de la infraestructura y sustentabilidad ecosistémica en Punta Colonet, Baja California, México. *Revista Mexicana de Sociología* 75, núm. 1 (enero-marzo): pp. 91-124. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Sociales. 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo:Malheiros, 2012.,
- SOL ARRAIZA, Ricardo. *El desafío de la participación ciudadana en el estado democrático de derecho. Avances y retos de la participación ciudadana en la gestión de políticas públicas, en espacios institucionales de los estados centroamericanos*. Editorial 1ra ed. San José, C.R. : FLACSO, ASDI. 2012.
- SOARES FERREIRA, Cristina María. y FONSECA, Alberto. *Public participation in the municipal environmental councils of the médio piracicaba region of Minas Gerais state, Brazil*. *Ambiente & Sociedade* en São Paulo v. XVII, n. 3, jul.-set, 2014.
- SPEER, Johanna. *Participatory Governance Reform: A Good Strategy for Increasing Government Responsiveness and Improving Public Services?*, United Kingdom. *World Development* Vol. 40, No. 12, pp. 2379–2398, Elsevier Ltd. 2012.
- VELIZ ROJAS, Lizet Helena. y BIANCHETTI SAAVEDRA Andrés Felipe. *Cambio climático y salud pública: acciones desde la institucionalidad en el escenario sociocultural actual*. *Revista Costa Rica, Salud Pública*. No. 22, 2013.

# DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E CRISE AMBIENTAL: EXERCÍCIO DA CIDADANIA PARTICIPATIVA DIANTE DA QUESTÃO AGRÁRIA NA PERSPECTIVA DO DIREITO

---

IRANICE GONÇALVES MUNIZ

Pós-Doutoranda da Universidade Federal da Paraíba, Brasil no PPGCJ/UFPB. Doutora e mestre em Direito Público pela Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, Espanha. Professora titular do Centro Universitário de João Pessoa, Paraíba, Brasil.

FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA

Doutor e Mestre em Direito pela UFPE, Especialista em Direito Processual Civil pela UFPE, Professor Adjunto-II do Departamento de Ciências Sociais da UFRPE.

## Resumo

O presente trabalho tratará da participação política dos camponeses na luta pela reforma agrária no Brasil como um exercício de cidadania para uma real democracia no meio rural. O objetivo principal é demonstrar que, mesmo indo contra o modelo de desenvolvimento econômico que centraliza a propriedade da terra em uma minoria da população, os camponeses, num ato de resistência, são capazes de se organizar e enfrentar os poderes dominantes (latifúndio e judiciário) em busca da democratização da terra. Partiu-se das seguintes indagações: A desapropriação de propriedades improdutiva contribui para o desenvolvimento sustentável? Como se dão as ocupações de propriedade? Como se manifesta o Poder Judiciário diante dos conflitos agrários no Brasil? Metodologicamente, utilizou-se de levantamento bibliográfico nacional e internacional de temas como: sustentabilidade ambiental, função social da propriedade, constituição e propriedade privada, direitos humanos, democracia e cidadania para atingir o objetivo do tema proposto.

## Palavras-chave

Cidadania participativa; Sustentabilidade; Crise ambiental; Questão agrária.

## Abstract

This paper will address the political participation of peasants in the struggle for land reform in Brazil as an exercise of citizenship for a real democracy in the countryside. The

main objective is to demonstrate that, even going against the economic development model that centralizes the ownership of land on a minority of the population, the peasants, in an act of resistance, are able to organize and confront the dominant powers (landlordism and judiciary) in pursuit of democratization of land. Started from the following questions: The expropriation of unproductive properties contributes to sustainable development? How property occupation occur? How the Judiciary Power react to agrarian conflicts in Brazil? Methodologically, it was employed a national and international literature review of topics such as: environmental sustainability, social function of property, constitution and private property, human rights, democracy and citizenship to achieve the objective of the proposed theme.

## Key words

Participatory Citizenship; Sustainability; Environmental crisis; Agrarian question.

## 1. Introdução

O presente trabalho tratará, da participação política dos camponeses na luta pela reforma agrária no Brasil como um exercício de cidadania para uma real democracia no meio rural. O objetivo principal é demonstrar que, mesmo indo contra o modelo de desenvolvimento econômico que centraliza a propriedade da terra em uma minoria da população, os camponeses, num ato de resistência, são capazes de se organizar e enfrentar os poderes dominantes (latifúndio e judiciário) em busca da democratização da terra, e o respeito aos direitos humanos de quem vive e sobrevive no meio rural. As propriedades reivindicadas pelos camponeses, no estado da Paraíba, Brasil, na sua grande maioria são propriedades que não cumpre a função social, ou seja, que deixam de observar os requisitos estabelecidos na Constituição de 1988 – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Dessa forma partimos das seguintes indagações: A desapropriação de propriedades improdutiva ou que não cumpre a função social contribui para o desenvolvimento sustentável? Como se dão as ocupações de propriedade? Como se manifesta o papel do Poder Judiciário diante dos conflitos agrários no Brasil?

Os assentamentos rurais da reforma agrária são formas de conquista do território, elemento importante para permanecer na terra. A sua conquista possibilita a formação de novas territorialidades, processo de ocupação e resistência que reconstrói o espaço social. Tais assentamentos configuram-se como elementos recentes da paisagem agrária brasileira,

frutos de lutas incansáveis dos camponeses organizados e marginalizados ao longo da história fundiária.

Os assentamentos se formam através da desapropriação da propriedade pelo Poder Executivo. Desapropriada e parcelada a terra, inicia-se uma outra batalha etapa, a de tornar os assentamentos como unidades produtivas capazes de proporcionar uma renda mínima para o sustento das famílias camponesas beneficiadas.

No estado da Paraíba, por exemplo, existem vários assentamentos rurais localizados na Zona da Mata Paraibana, criados pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma agrária (INCRA) através da desapropriação de várias fazendas, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, se fizeram necessárias participações nas reuniões da Comissão Pastoral da Terra; do Memorial das Ligas Camponesas; do Grupo de pesquisa Gestar: território, trabalho e cidadania; leituras de textos espanhóis que abordam a função social da propriedade; e de textos de autores que abordam de formas diferentes o conceito de Desenvolvimento Sustentável, em especial seus pressupostos e suas diferentes interpretações. Foram também realizadas leituras em processos judiciais que envolveram camponeses na luta pela terra e que hoje são assentados da reforma agrária; leitura sobre a economia dos assentamentos rurais; práticas alternativas de produção e comercialização de alimentos sem agrotóxicos.

Essas leituras, obviamente, serviram de fundamentação teórica para a elaboração do presente trabalho. Foram feitos levantamentos bibliográfico nacional e internacional de temas como: sustentabilidade ambiental, função social da propriedade, constituição e propriedade privada, direitos humanos, democracia e cidadania para atingir o objetivo do tema proposto.

## **2. Crise Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**

A compreensão da crise ambiental de nossa época proclama o entendimento do processo histórico de reintegração de saberes diversos, a partir de uma tentativa de sistematização total do ambiente, engendrando - nas trilhas do processo histórico da Revolução Industrial – uma compartimentalização fracionada dos saberes científicos. Tal fracionamento dos saberes científicos, associado ao menosprezo dos saberes culturais podem provocar um estorvo para a problematização e internalização da complexidade ambiental, reduzindo-a a um simulacro sistêmico e homogeneizante da questão ambiental. (LEFF, 2010, p. 40)

A perspectiva jurídica e as dimensões da chamada crise para o Direito, desencadeia um processo para além das fronteiras, diante dos problemas de escassez e utilização dos

recursos naturais, que põem em cheque as necessidades humanas, os princípios em que se fundamentam a proteção dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a saúde e a qualidade de vida, em paradoxo com o desenvolvimento humano, social e econômico e, obviamente, sustentável.

As conjecturas envolvidas à problemática ambiental e o poder internacionalmente articulados, veem-se ideologicamente instituídos no próprio saber. A progressiva degradação ambiental associa-se de modo simbiótico, simbólico e ideológico a uma reconstrução do consumo sustentável, que contribui também para a temerária compleição de um consumismo revestido com uma maquiagem de desenvolvimento sustentável. Essa problemática não se refere somente ao meio natural, mas também ao meio social e aos poderes políticos locais.

O desenvolvimento sustentável nos moldes como é abordado no senso comum, conjura para uma “neutralização” ideológica alheia as contradições ambientais de nossa época, bem como alquebra a complexidade ambiental, na medida que instiga a redução do ambiente a um estratagema ecológico abstrato e alienado.

É importante destacar, por exemplo, que durante os processos de contato e interação dos conhecimentos do meio natural e do meio social, quando são postos em marcha projetos e programas voltados ao espaço rural, se estabelece uma dinâmica que faz emergir uma série de heterogeneidades, especialmente considerando que se ampliam conexões entre os diversos atores sociais.

Nesse cenário, o ambiente e a sustentabilidade sofrem de um impacto socioambiental – historicamente e ideologicamente construído – perfazendo a legitimação do trato do ambiente como um mero objeto do desenvolvimento econômico. Em outras palavras, como um limite da sociedade civil mundial, quando na verdade tal abordagem retórica dissimula os comprometimentos ideológicos de encarar o ambiente com uma visão estritamente ecológica. Estas estratégias epistemo-ideológicas, segundo Leff (2010, p. 63) “não apenas desconhecem o processo histórico de distinção, constituição e especificidade das ciências e dos saberes, mas também as estratégias de poder no conhecimento que cobrem o terreno ambiental”. Para o autor (2010), a crise ambiental é antes de tudo uma crise civilizatória, amalgamada a uma crise do próprio conhecimento<sup>1</sup>, ensejando a imprescindível necessidade de compreender o ser na contemporaneidade, compreendendo a complexidade com vistas a abrir perspectivas para reconstruir e reapropriar-se do mundo.

---

1 A crise de paradigmas aduzida por Leff (2010), propala-se com maior rigor nos meandros do ensino jurídico e do seu conhecimento. Este é ainda fortemente marcado pelo paradigma epistemológico da filosofia da consciência, fundado na premissa de um sujeito isolado cognoscente, sendo as manifestações de vida e relações humanas demasiadamente fetichizadas e funcionalizadas.

O debate do desenvolvimento sustentável tem permitido um discurso relacionado com direitos humanos despolitizados ou esvaídos de sentido, sendo menosprezada a problemática do debate entre incluídos e excluídos. Caso não sejam considerados projetos coletivos de transformação sócio-política associados a lógica de não-intervenção no ambiente ou na liberdade política, pode-se tornar temerário, pernicioso e irresponsável encerrar o direito o “desenvolvimento sustentável” ou a “democracia” como nova dimensão dos direitos humanos.

A inclusão dos indivíduos no consumo “sustentável” ou no arcabouço democrático-liberal preexistente vem a ser insuficiente, a partir do momento que são relegados ao *status* de seres humanos “em geral”, detentores desses ditos e escritos “direitos humanos universais”. Podemos fazer um paralelo aqui com o *insight* de Hannah Arendt quanto aos refugiados:

A concepção dos direitos humanos baseada na suposta existência de um ser humano como tal rompeu-se no exato momento em que aqueles que declaravam acreditar nesta concepção foram, pela primeira vez, confrontados com pessoas que tinham perdido, de fato, todas as demais qualidades e relações específicas, exceto a de seguir sendo humanas. (ARENDR, 1989)

O cotejo aduzido acima reproduz que a degradação ecológica globalizada não pode considerar estratégias de enfrentamento neutras igualmente globais, ignorando as interpenetrações das relações de poder nos debates de gênero, cidadania, religião, identidade étnica, etc. Nesta senda, as ações filantrópicas de cunho sustentável precisam ser esmiuçadas no seu âmago, pois, apesar de servirem – pontualmente – como mecanismos paliativos para a conquista e tutela de medidas menos degradante ao ambiente, contribuem a um só tempo, como estratégia contraditória que legitima ideologicamente, materialmente e simbolicamente o processo de acumulação de capital que nega a própria sustentabilidade.

O espaço rural é o território que geralmente reflete as disputas e tensões entre os diferentes projetos de ocupação, preservação e uso da terra. O espaço rural é o espaço dos indígenas, dos extrativistas, dos quilombolas, dos pescadores, dos ribeirinhos, das comunidades tradicionais, dos camponeses em geral, que cada vez mais tentam se organizar, e atuar na defesa de seus interesses.

Assim, a luta pela reforma agrária também se realiza nesse espaço (territórios), geralmente em disputa com visões ambientalistas diversas que muitas vezes ignoram a dimensão social e os princípios da justiça social e ambiental. É no espaço rural brasileiro que se encontram os principais ecossistemas, como a floresta amazônica, o cerrado, o pantanal, os manguezais, as bacias hidrográficas, as lagoas, o *olho d'água*, as cacimbas e as nascentes de seus rios.

A luta pela conservação, preservação e manutenção desses espaços tem mobilizado os movimentos sociais na defesa do meio ambiente, na tentativa de articular os interesses ecológicos com justiça social e estabelecer uma visão crítica sobre os grandes projetos econômicos de desenvolvimento que utilizam-se da exploração dos recursos naturais da terra.

### 3. Democratização da Propriedade Rural e sua Crise

O Brasil tem o imenso território com mais de oito milhões e meio de quilômetros quadrados no qual poucos possuem muitos hectares de terra e muitos não possuem nada ou quase nada. O empobrecimento de grande parte da população que se encontra nesses dois extremos é visível em quase todas as regiões da Federação brasileira. É claro que a disputa pela propriedade da terra não é exclusiva da nossa sociedade. Entretanto, o conflito agrário brasileiro é um dos mais expressivos do mundo por ser um conflito nítido, com organizações da sociedade civil, através dos movimentos sociais organizados.

Para Santa Rosa (1963) A concentração da propriedade por falta da aplicação adequada das leis intensificou a histórica resistência dos camponeses contra o poder do latifúndio no Brasil, em especial no nordeste do país, onde milhares de pessoas tiveram que deixar as propriedades rurais. Muitos foram forçados a mudar para as grandes cidades em busca de melhores condições de vida.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, no Brasil, as ocupações de terras improdutivas têm sido uma prática constante em todo o país. A primeira fase das ocupações inicia-se com um trabalho de conscientização, realizado por representantes das associações rurais e do movimento dos trabalhadores rurais sem terra (MST).

O lugar e a forma da ocupação ficam abertos para debate. Segundo Muniz (2000) as decisões amadurecem pelo período de alguns meses por parte de um pequeno grupo de camponeses (trabalhadores rurais sem terra) dispostos a ocupar a propriedade rural. A entrada na propriedade constitui-se num ato consumado.

Estas ocupações recebem o apoio de instituições não governamentais com grande repercussão no meio rural. Há registro de depoimentos de pessoas que participaram de ocupações que atestam essa movimentação: *fiquei sabendo do conflito pelo rádio e pela televisão. Como fui trabalhador nas fábricas dessa região há mais de 20 anos, me uni aos que se organizaram e entraram na terra*<sup>2</sup>.

De início, o conflito é estabelecido entre os proprietários que têm o título de propriedade e os camponeses sem terra. Os movimentos sociais reivindicam/ exigem a aplicação

2 Relato de uma testemunha num processo de Reintegração de Posse na Comarca de Cruz do Espírito Santo, estado de Paraíba, Brasil, em abril de 1997.

dos preceitos constitucionais como: o cumprimento da função social da propriedade, o respeito à dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e da marginalização. E, encontram fundamentação tanto nas normas constitucionais como na doutrina mais atualizada. Para Rawls, as circunstâncias da justiça refletem as condições históricas sob as quais as sociedades democráticas contemporâneas existem. (RAWLS, 2003)

De acordo com Perlingieri (1997), o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser praticadas para garantir e promover os valores sobre os quais a legislação se baseia.

A luta dos camponeses por uma reforma agrária no Brasil representa o pleno exercício da cidadania. Parece impossível, no quadro social, político, econômico e jurídico desses problemas, deixar de considerar os instrumentos de participação que os camponeses, titulares dos direitos humanos fundamentais, usam para defender a sua dignidade. A ocupação de terras, sejam urbanas ou rurais, é um instrumento utilizado para chamar a atenção do poder público para a observância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da erradicação da pobreza e da marginalização e da prevalência dos direitos humanos dentre outros, previstos na Constituição brasileira de 1988.

A ocupação de propriedades improdutivas, ou seja, que não cumprem a função social, pelos camponeses organizados é um momento de importância fundamental para o debate, não apenas no que se refere à função social da propriedade no Título II dos direitos e garantias fundamentais, mas, sobretudo, o debate sobre a dignidade humana de milhares de famílias camponesas.

Os conflitos entre os camponeses e os donos de propriedades que não cumpre a função social quase sempre viram demandas no poder judiciário. Com a ordem de despejo emitida pelo juiz competente cria-se uma intolerância por parte do proprietário, dos camponeses despejados e do poder judiciário que quer ver sua decisão cumprida. Consequentemente, solicita-se a força policial. O despejo é realizado depois de alguns dias. Em muitos casos, esses despejos são feitos por meio de ações violentas<sup>3</sup> numa briga entre os membros da polícia militar e os camponeses, culminando com a prisão de alguns líderes. Posteriormente, inicia-se um processo criminal contra os camponeses, sob a alegação de desobediência à ordem judicial, formação de quadrilha ou bando, entre outros delitos.

Após o despejo, várias pessoas se unem aos acampados ou aos antigos habitantes da propriedade rural, e todos são incentivados a permanecer na luta pela expropriação daquela propriedade. Muitos dos conflitos deram origem a livros, documentários e filmes,

---

3 Veja, por exemplo, os conflitos de “El Dorado de Carajás”, “Corumbiara” e “Texerinha” publicados nos cadernos do MST de 1995 e 1996.

e ajudam a informar os moradores no meio rural e os apoiadores da reforma agrária. O apoio das ONGs contribui para a conscientização desses camponeses sem terra no sentido de fazer parte do processo de consolidação da democracia e da cidadania no meio rural. Dessa forma, a propriedade ocupada passa a ser um alvo político de interesses opostos.

Esta experiência, que até o momento da ocupação se limitava a desafiar o proprietário de terra, torna-se mais complexa, visto que envolve participar numa luta aberta contra os poderes públicos, principalmente os membros do Executivo e do Poder Judiciário, lutando pelo direito à propriedade que, do ponto de vista dos camponeses, não cumpre com a sua função social, enquanto que, do ponto de vista do Poder Judiciário, trata-se de uma propriedade privada que foi invadida.

Depois de vários meses ou anos vivendo num acampamento, os camponeses veem a propriedade ser desapropriada por decreto do Governo Federal (Poder Executivo). Para ilustrar, cita-se, por exemplo, quase todas as terras que foram alvo de ocupações feitas no estado da Paraíba foram desapropriadas pelo governo federal ou pelo governo estadual.

No que se refere aos ensinamentos de Bobbio (1992), é possível afirmar que a satisfação das necessidades vitais do ser humano é uma condição para a existência da democracia. Ou seja, enquanto houver uma propriedade rural que não cumpre com a sua função social e camponeses sem terra, o processo democrático brasileiro será sempre frágil e ambíguo. Este é, justamente, o argumento de velar pela *dignidade humana*, o que justificaria as ocupações de propriedades que não cumprem com a sua função social como forma de pressão para a consolidação da democracia no meio rural brasileiro. Para Gomez Montoro (2001), este valor negativo da propriedade, como defesa da esfera social diante do poder público justifica outro elemento substancial do constitucionalismo, a saber, a participação do indivíduo no Estado.

Pode-se dizer que o Brasil chega ao século XXI sem ter resolvido o problema que envolve a democracia no meio rural. Sem dúvida, a demora de uma reforma agrária por parte dos Poderes Legislativo e Executivo terá repercussões no Judiciário, que destina-se a solucionar as demandas individuais ou coletivas, inclusive aquelas que vêm das omissões do Poder Público.

#### **4. O Poder Judiciário e a Democracia no Meio Rural Brasileiro**

A intervenção do Poder Judiciário é fundamental no caso das demandas que envolvem o interesse social e, em especial, a função social da propriedade, pois revela que os cidadãos são obrigados a recorrer aos meios judiciários. Essa intervenção resulta numa dimensão jurídica do político, pois as ocupações de propriedades rurais, que seriam atos políticos, se transformam em controvérsias ou demandas pelo respeito à função social da

propriedade constitucionalizada na Constituição de 1988. Embora, Bobbio (1997), em sua obra o futuro da democracia, adverte que, se a democracia não consegue derrotar por completo o poder das oligarquias, é ainda menos capaz de ocupar todos os espaços nos quais se exerce um poder que toma decisões vinculatórias para um inteiro grupo social.

As frequentes ocupações de terra promovidas em massa em todo o país em prol dos direitos humanos fundamentais das pessoas envolvidas ainda são interpretadas pelas autoridades judiciais brasileiras como apropriações ilícitas, passíveis de sanções tanto civil como penal. Com isso, nos perguntamos: qual é o papel do Poder Judiciário diante dos conflitos agrários no Brasil?

Embora a *razão* política seja determinante na tarefa interpretativa de qualquer regra do Direito, os princípios políticos que a inspiram têm uma relevância acentuada na norma constitucional. Visto que a inteira Constituição, enquanto norma, tenta responder e explicar judicialmente todo um conjunto complexo de elementos políticos, sociais e ideológicos que não é possível que o intérprete o desconsidere. Para López y López (1988), esta exigência é *prius* indeclinável para que se acheque à Constituição com coragem de interpretá-la do ponto de vista jurídico, ou seja, pelo menos pressupondo um mínimo de certeza no texto; e isso além da sua ideologia particular, que poderia se refletir na sua tarefa, e na proposta de soluções particulares.

A supremacia constitucional envolve uma reordenação geral do ordenamento por meio de um postulado essencial da interpretação das normas à luz da Constituição para todos os Juízes e Tribunais.

No Brasil, a Constituição de 1988 dedicou um capítulo III do Título IV ao Poder Judiciário. A denominação de *poder* enfatiza o caráter de independência que se atribui ao poder jurisdicional ao serviço de uma função de proteção do Direito, que informa todo o texto constitucional. Esta caracterização do poder judiciário como um *poder* independente é um reflexo da doutrina da divisão de poderes e está relacionada com a definição dada pela Constituição no artigo 2º, do Título I, por meio do qual o Brasil se constitui como um Estado Democrático de Direito.

Os três poderes estão intimamente relacionados, e o Poder Judiciário deve sintonizar sua atuação em consonância com a legislação vigente, utilizando a bússola da dignidade da pessoa humana, que orienta todo o ordenamento jurídico. E assim, não é possível desconsiderar o que a Constituição estabelece sobre a questão agrária.

No que se refere a questão agrária brasileira, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 a constitucionalizou, dedicando-lhe um capítulo no Título VII da Constituição de 1988, com regulamentação na lei agrária nº. 8.629/1993. Tal lei desenvolve os preceitos constitucionais sobre a reforma agrária.

Em 2003, o Poder Executivo lançou um plano nacional de reforma agrária, conhecido como *II Plano Nacional de Reforma Agrária*. Este plano teve início nos movimentos sociais, com a participação de milhares de famílias camponesa em quase todos os estados da federação.

Quando se questiona o direito de propriedade como um direito fundamental, observa-se que questão agrária no Brasil é extremamente contraditória e que dá ao Poder Judiciário o inevitável papel principal de administrar a justiça e aplicar os preceitos constitucionais, visto que somente o Poder Judiciário tem o poder de decidir casos de conflitos e interesses contrários no seio do espaço rural.

Entretanto, o Poder Judiciário não pode fechar os olhos aos casos de concentração de propriedade rural que permite o uso abusivo de terra por parte dos proprietários que mantêm propriedades improdutivas ou que possuem propriedades economicamente “produtivas”, mas que não cumprem com a função social. Os juízes devem aplicar os valores e princípios alistados na Constituição brasileira de 1988, que se situa como marco jurídico da democracia. Ou seja, os juízes não devem perder de vista o princípio da dignidade humana dos afetados por tal concentração. Enterría, ao falar sobre a realidade espanhola, diz que “a interpretação da Constituição deve perder o legalismo”. O Juiz: deve adquirir uma nova responsabilidade, que em boa medida venha a torná-lo um personagem muito mais relevante na nossa vida jurídica do que até agora se permitiu. Deixará de ser o *reine subsumtions apparat*, o mecanismo puro de subsunção de fatos nas normas, neutro e desinteressado no problema de fundo que lhe é apresentado, para passar a ser um analista desse problema decomposto em seus diferentes elementos de valor e julgá-los a partir dos valores que a própria Constituição destaca como superiores. (GARCÍA ENTERRÍA, 1980).

Ruiz Perez (1981, p.165) adverte que os sistemas jurídicos não constituem um todo isolado e suficiente, até mesmo os de tipo predominantemente codificados. A zona de incerteza, de dúvida e até de imprevisibilidade, é consideravelmente maior em comparação com os considerados até então. Por combiná-los com a interpretação judicial, obtemos mais margem para criatividade e valorização do que, à primeira vista, parece ser o princípio da sujeição total do juiz à lei, não resultando no grau de absoluto definido por Savigny, que diz que o juiz é um simples aplicador mecânico de uma norma previamente dada, conceito que parece ter sido superado. Além disso, não devemos nos esquecer de que um Estado Democrático de Direito e a democracia em geral baseiam-se na admissão da presença, e até mesmo na necessidade, de interesses opostos.

Nesse contexto, e se uma determinada propriedade rural não cumpre a sua função social, perde a garantia que a justifica. Na verdade, se a função social é uma noção que surge precisamente em busca de uma legitimidade da propriedade privada, não seria um exagero pensar que, em sua ausência, sendo retirada a tutela jurídica do domínio, em

situações concretas de conflitos, para garantir o interesse da coletividade. Para Colina Garea (1997), o direito de propriedade é um direito fundamental debilitado.

Para os camponeses e os demais habitantes do espaço rural a terra é mais que uma fonte de trabalho e alimento; representa a cultura, história, tradição, ancestrais, sonhos, vida e proteção. A luta em defesa da terra e do meio ambiente é a luta pela vida, pela dignidade humana, pela cidadania ambiental e pela democracia no campo.

É no espaço rural, onde o sentimento pela terra é mais significativo, pois, ela é a principal fonte de vida para uma parcela significativa da população, e cuja estrutura de representação simbólica garante a continuidade das tradições, costumes e valores para as gerações futuras. Para Rey Martínez (1994) a ideia de propriedade socializada surge no plano normativo como consequência da crise do liberalismo ligada à exigência da sua democratização e ao descobrimento das possibilidades de intervenção pública na economia...A concentração da terra, dos meios de produção e da renda nas mãos de grupos econômicos, imposta pelo sistema capitalista, que transforma a natureza em objeto de produção, sem limite, ampliou as possibilidades e as formas de promover a desigualdade social, econômica, cultural e regional, ou seja, os benefícios gerados pelo atual modelo de desenvolvimento capitalista hegemônico se restringem a uma pequena minoria, no entanto, seus efeitos são distribuídos à uma grande maioria dos habitantes da terra.

Hoje, a crise ambiental decorrente das intransigências desse modelo de desenvolvimento adotado pela sociedade atinge a todos, principalmente os que habitam no espaço rural. O espaço rural é o território que geralmente reflete as disputas e tensões entre os diferentes projetos de ocupação, preservação e uso da terra. O espaço rural é o espaço dos indígenas, dos extrativistas, dos quilombolas, dos pescadores, dos ribeirinhos, das comunidades tradicionais, dos camponeses em geral. Para os camponeses e os demais habitantes do espaço rural a terra é mais que uma fonte de trabalho e alimento; representa a cultura, história, tradição, ancestrais, sonhos, vida e proteção. A luta em defesa da terra e do meio ambiente é a luta pela vida, pela dignidade humana, pela cidadania ambiental e pela democracia no campo. A terra sempre foi e continua sendo um meio de produção essencial, na medida em que é sobre ela que quase todo o processo produtivo se desenvolve e que os seres humanos se estabelecem (REYDON, 2007).

A problemática ambiental enunciou a emergência de novos direitos, portanto, necessita de uma ampliação significativa do conceito de cidadania que transcenda a relação entre o indivíduo e o Estado (SILVA-SÁNCHEZ, 2010).

## 5. Conclusões

A experiência dos conflitos agrários demonstrou que os camponeses que ocupam as propriedades discordam com a atitude de alguns juízes que, ao aplicar a lei em casos

concretos, no que se refere aos conflitos, os analisam sob o ponto de vista limitado do delito penal. É evidente que, nos conflitos agrários, as ocupações de terras não podem ser tratadas como casos policiais, visto que, ao contrário dos delinquentes comuns, que violam a lei, os agricultores sem terra que participam na luta pela reforma agrária agem por convicção política ou social. Assim, quando o ordenamento penal é utilizado na repreensão das manifestações populares, este tem o papel de arma para a defesa de uma ordem estatal que se transforma em medida não adequada à democracia.

Com tudo isso, a questão agrária propriamente dita até o momento não foi interpretada pelo Poder Judiciário como matéria constitucional, o que constitui uma postura não adequada diante da realidade da área rural brasileira. No exercício da cidadania, as famílias agrícolas enfrentam o modelo de sociedade baseado no direito de propriedade inviolável embora não seja absoluto. Falamos da posição do Poder Judiciário em relação com a interpretação constitucional no que se refere aos conflitos no meio rural. No entanto, a questão agrária é complexa, e a Constituição se refere também à preservação do meio ambiente entre os requisitos do cumprimento da função social da propriedade no artigo 186: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

As perspectivas do direito e da justiça ambiental, são desafiadas pela crise ambiental da modernidade, incluindo-se aí os problemas de escassez de recursos essenciais à vida, bem como a segurança alimentar que põe à frente a questão do campo, as atividades agrárias, a vida no campo, os direitos do camponês e a dignidade da pessoa humana.

O desenvolvimento é uma realidade que confronta a complexidade ambiental, ao menosprezar o necessário trinômio humano, econômico e social, sem o qual não pode ser chamado de desenvolvimento e, uma vez preenchido há de ser sustentável em toda a dimensão jurídica e científica que o alberga, transcendendo fronteiras e limites do saber.

## 6. Referências

- ARENDDT, Hanah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 1989.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**, Rio de Janeiro, ed. Campos, 1992 (Trad. de Nelson Coutinho).
- \_\_\_\_\_. **O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- COLINA GAREA, Rafael, **La Función Social de La Propiedad privada**, Barcelona: José María Bosch editor, 1997.

- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, En prólogo a la obra de Bernard Schwartz, *Los diez mejores jueces de la historia americana*, Madrid: Civitas, 1980.
- GOMEZ MONTORO, A., **La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación**. Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional, nº. 62, 2001, p. 50.
- LEFF, Enrique, **Saber Ambiental: Sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., **La Disciplina Constitucional de la Propiedad Privada**, Madrid, Tecnos, 1988.
- MUNIZ, I. G., **Protagonistas de um sonho: desafio da assessoria jurídica no campo**, João Pessoa: Emprell, 2000, p. 53.
- PERLINGIERI, Petro, **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- RAWLS, John, **Justiça como Equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fonte, 2003.
- REYDON, Batistan Philip. **A regulação institucional da propriedade da terra no Brasil: uma necessidade urgente**. Em: Dimensões do Agronegócio Brasileiro: Políticas, Instituições e Perspectivas. NEAD estudos nº 15, Brasília: MDA, 2007.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, Fernando, **La propiedad Privada en la Constitución Española**, Madrid: Boletín oficial, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- RUIZ PEREZ, Salvador Joaquín, **Juez y sociedad**, Málaga: Universidad de Málaga, 1981.
- SANTA ROSA, Virginio, **O que foi o tenentismo?** - Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1963.
- SILVA-SÁNCHEZ, Solange S. **Cidadania Ambiental: novos direitos no Brasil**. São Paulo: Annablume, 2010.

# DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL HUMANO: UMA ABORDAGEM SOBRE A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS PARA A PRESERVAÇÃO DAS FUTURAS GERAÇÕES

---

ADRIANA DE ABREU MASCARENHAS

Advogada, Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Université de Montpellier I, França. Professora e Chefa do Departamento de Direito Privado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - UFPB.

LORENA DE MELO FREITAS

Professora Adjunta III e Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB.

## Resumo

O presente artigo será abordado em três partes. A primeira abordará os fundamentos dos direitos da pessoa humana. Os direitos humanos são muitas vezes reduzidos sobre os Direitos Cíveis e Políticos. Mas eles não são suficientes em si mesmos para garantir o seu acesso e permitir a todos uma vida digna. Na segunda parte, veremos como a sociedade deve garantir coletivamente, para cada um dos seus membros, às condições mínimas para o exercício da liberdade pessoal. Estes são os direitos econômicos, sociais e culturais. Por fim, na última parte, veremos que a realização dos direitos humanos para todos é o propósito do desenvolvimento sustentável.

## Palavras-chave

Desenvolvimento Sustentável; Sustentabilidade; Direitos Humanos; Governabilidade; Princípios; Liberdade; Dignidade; Econômico, Social; Futuras Gerações.

## Resumen

Este artículo se divide en tres partes. La primera cubrirá los fundamentos de los derechos del individuo. Los derechos humanos se reducen a menudo de Derechos Cíviles y Políticos. Pero no son suficientes por sí mismas para asegurar su acceso y permitir a todos una vida digna. En la segunda parte, veremos cómo la sociedad debe garantizar colectivamente para cada uno de sus miembros, las condiciones mínimas para el ejercicio de la

libertad personal. Estos son los derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, la última parte, vemos que la realización de los derechos humanos para todos es el objetivo de un desarrollo sostenible.

## Palabras clave

Desarrollo sostenible; Sostenibilidad; Derechos Humanos; Gobernabilidad; Principios; Libertad; Dignidad; Económico, Social; Generaciones futuras.

## 1. Introdução

As nossas sociedades baseiam-se em um contrato social implícito ou definido por uma constituição. Esse contrato social deve permitir a todos uma vida livre e digna na sociedade. Ao longo dos séculos e através das culturas, um conjunto de direitos humanos é construído e define as liberdades essenciais e as condições para o seu exercício. Analisaremos agora a base e o conteúdo desses direitos, e em especial o seu desenvolvimento histórico.

Os direitos humanos são mencionados apenas uma única vez nas 240 páginas da Agenda 21 (1992)<sup>1</sup>, que define as ações para o desenvolvimento sustentável no século XXI. Na Cimeira Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável (Joanesburgo, 2002), os direitos humanos são uma entrada modesta como parte da boa governação. A 13ª sessão da Comissão das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (2005) questiona o direito à água, e é um texto de referência no trabalho da Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais <sup>2</sup>.

O objetivo de Kofi Annan é o sistema das Nações Unidas que ele deseja fundado em “maior liberdade: desenvolvimento, segurança e direitos humanos para todos”.<sup>3</sup> Mas os direitos humanos são apenas uma maneira? Na melhor das hipóteses um componente do desenvolvimento sustentável? Ou é adequado tomar o quadro geral, e colocar cada item em seu lugar, observando a historicidade dos textos, mas admitiu que ele só estabelece o seu significado? <sup>4</sup>

1 Para motivar o direito à moradia: Capítulo 7, assentamentos humanos sustentáveis; 7.6 abrigo adequado para todos, base para a ação.

2 Comitê de Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral Nº. 15 sobre a aplicação do Protocolo Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. 20 de janeiro de 2003. E / C.12/2002/11. Nações Unidas.

3 Relatório do Secretário-Geral para a 59ª sessão da Assembleia Geral, 24 de março de 2005, A/59/2005, das Nações Unidas.

4 Seguindo o método aqui orientação de Jean- Jacques Rousseau e o marquês d’ Argenson, capítulo 2, Du Contrato Social 1762.

O conceito de desenvolvimento sustentável vem de pensar nas consequências ambientais do desenvolvimento (Declaração de Estocolmo, 1972), mas também da necessidade de desenvolver um ambiente de convivência em que nenhum grupo humano deve ser excluído (Declaração do Rio, 1992). Tais elementos não estão presentes na Carta das Nações Unidas (1946). Esta se concentra na paz internacional e na dignidade humana na sequência de duas guerras mundiais, e crimes contra a humanidade, de magnitude desconhecida antes. A adoção da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) deu conteúdo explícito a estes conceitos e, conseqüentemente definiu um assunto para as políticas nacional e internacional.

A reflexão sobre o desenvolvimento sustentável, no entanto, não se beneficiou das conquistas da implementação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. É necessário examinar essas duas abordagens, historicamente diferenciadas, e compreender as relações fundamentais. Este é o propósito da análise do tema sobre desenvolvimento sustentável em três partes.

O embasamento desta reflexão surge especialmente nos últimos tempos, com textos negociados na Organização das Nações Unidas, que têm a vantagem de analisar um compromisso entre visões políticas, variedades econômicas e culturais. Por isso, é apropriado considerar o contexto histórico no qual se encaixam, tanto em termos de preocupação contemporânea aos fatos, quanto às condições de poder no estabelecimento do compromisso. Consideramos, portanto, uma contribuição para nossa reflexão.

## 2. Dignidade e Tolerância: Fundamentos de Direitos Humanos

O conceito de direitos humanos é parte da história do pensamento filosófico e político. Duas questões que são como lados que compõem a mesma moeda: a tolerância e a dignidade humana. Este é o ‘como’ e o ‘por que’ vivemos juntos.

A tolerância é o reconhecimento do outro no que é singular, diferente. É reconhecer a liberdade do outro poder ser ele mesmo, limitado pela necessidade de reconhecer a minha própria liberdade. Portanto, é evidente que o outro não é outro mim mesmo, mas reconhecendo-o com direitos idênticos aos meus.

Na Índia, no século III a.C., o imperador Ashoka proclamou:

“... Todas as crenças merecem respeito, por um motivo ou outro. Obedecendo a esse princípio, um homem homenageia suas crenças e, o mesmo movimento, ele serve as crenças dos outros”.

Tais preceitos de tolerância aparecem em diferentes contextos: em Roma para os cristãos (Édito de Galerius, 311); na França para os protestantes (Édito de Nantes em 1598).

Tolerância levanta diretamente a questão do intolerável. De um ponto de vista político, isso poderia ser considerado apenas em termos de desordem social. Mais fundamentalmente, antes mesmo de criar a constituição de uma ordem social, é necessário identificar o que é essencial para todos, e o que é intolerável para ignorar, violar para, em seguida, negar a pessoa em sua essência, ou seja, o negócio indignamente com relação ao *status* humano. Proibir e impedir o intolerável se torna o objeto central de uma sociedade justa. Permitir uma vida digna para todos é a base do contrato social de Jean-Jacques Rousseau, e se os métodos e meios que as sociedades humanas escolhessem para alcançá-lo pudessem ser diferentes, esse fundamento continuaria a ser comum, em que reconhecimento e satisfação são o coração progresso social.

A expressão da consciência e da liberdade, características únicas da pessoa, são os elementos essenciais de uma vida digna<sup>5</sup>. São eles que permitem que nossas escolhas de ações e de filosofia. A possibilidade de tais escolhas deve ser socialmente reconhecida. Por conseguinte, são elas que devem ser protegidos pela tolerância.

Além disso, estas escolhas devem ser realmente possíveis: desenvolver a capacidade de exercer essas escolhas deve estar no cerne da organização social, para que todos possam se beneficiar do “contrato social”, além do reconhecimento de cada ser humano e elementos de sua liberdade.

Note aqui que este contrato social é o oposto da lei da natureza, que vê antes de tudo o triunfo do mais forte, este mais forte que dispõe de mais capacidade e meios *a priori*, e que poderá exercer as suas capacidades eventualmente subjulgando os outros, isto é, removendo-lhes a possibilidade de escolher.

Tal como vemos aqui, os direitos humanos aparecem antes da construção da lei que vem regular as relações entre as pessoas, e as relações entre as pessoas e entidades coletivas dentro do contexto do “contrato social”. Assim, nesse sentido, a denominação jurídica dos direitos não se aplica formalmente para os Direitos Humanos. Eles são o reconhecimento de valores fundamentais, e, portanto, vão ser restringidos dentro do sistema jurídico.

## 2.1. Considerações Históricas sobre as Declarações de Direitos Humanos

Os Direitos Humanos, Direitos do Homem, ou Direitos da Pessoa Humana, são direitos que todo ser humano possui, sendo universal, inalienável, independentemente do direito positivo ou outros fatores locais, tais como etnia, nacionalidade ou religião.

---

5 Jeanne Hersch enfatiza a singularidade do homem que está consciente do mundo e, portanto, deve agir em conformidade com essa consciência.

De acordo com esta doutrina, contrária no século XIX, no século XX e no século XXI por outras doutrinas, cada ser humano - e, como tal, independentemente do *status* social - tem direitos “inerentes à sua pessoa, inalienáveis e sagrados” e, portanto, exequível em todas as circunstâncias para a sociedade e poder.

Assim, o conceito de direitos humanos é uma definição universal e igualitária, incompatível com os sistemas e regimes baseados na superioridade ou “missão histórica” de uma casta, de uma raça, de um povo, de uma crença, de uma classe ou de qualquer grupo social ou individual; igualmente incompatível com a ideia de que a construção de uma sociedade melhor justifica a eliminação ou a opressão daqueles que são supostamente para impedir tais construções.

A Persia é considerada a origem do conceito de direitos humanos, no século VI a.C. AD, no reinado de Ciro, o Grande. Após a conquista da Babilônia em -539, o rei fez executar o Cilindro de Ciro, descoberto em 1879, por vezes referido como a “primeira carta de direitos humanos” (BRIANT, 1996). Em 1971, as Nações Unidas (ONU) a traduziu em todas as línguas oficiais.

O cilindro decretou temas normais de domínio persa: tolerância religiosa, abolição da escravatura, a liberdade de escolha da profissão e do império expansão. Ele está localizado na tradição mesopotâmica com o ideal do justo rei, o primeiro exemplo conhecido é o de Urukagina rei de Lagash, que governou no século XXIV a.C. BC. Um outro exemplo representativo é o de Hamurabi da Babilônia, com o seu código que data do século XVIII BC. AD. A inscrição de Ciro, no entanto, apresenta algumas características inovadoras, incluindo as decisões sobre a religião (BRIANT, 1996).

Este documento traça os eventos que precedem a tomada da Babilônia. Ciroo Grande, em seguida, expõe as decisões para os babilônios: “ele reina pacificamente e libera algumas tarefas pessoais consideradas abusivas, dá às pessoas deportadas o direito de regressar aos seus países e deixa as estátuas originais de divindades, uma vez tomadas para Babilônia de volta para seus santuários domésticos. Ele proclama completa liberdade de culto em seu império.

### 2.1.1. Constituição dos Estados de Direito no Ocidente

Formalmente, a explicação dos elementos dos direitos humanos no mundo ocidental começou na Inglaterra com a *Great Charter* (Carta Magna, 1215) concedida às pessoas por D. João sem Terra: “Nenhum homem livre será detido ou preso; ou despojado; ou fora da lei; ou exilado; ou de qualquer modo molestado; e nós não vamos nos apossar dele, se não no âmbito de um julgamento legal de seus pares, e de acordo com a lei do país”.

A Petição de Direitos apresentada em 1628, pelo Parlamento Inglês, introduziu o conceito do ‘devido processo legal’ e ‘*habeas corpus*’ em 1679 para proteger a detenção arbitrária<sup>6</sup>. Em particular, ela afirma: “o Direito está acima do Rei”<sup>7</sup>.

Esta declaração constitui claramente uma hierarquia de poder, enquanto aceitável na Inglaterra por causa de sua história e tradições, e essencial na criação de um Estado de direito. Por outro lado, tal declaração provavelmente não teria sido possível na França, uma vez que o Estado era governado por um rei, por direito divino, ungido como um bispo durante sua consagração. Jean-Jacques Rousseau vai afirmar a sua reflexão do ‘Contrato Social’ (1762), como a de um cidadão de Genebra, para se libertar desse ‘manto’. Com base na lei natural, ele pode muito bem, além do equilíbrio das relações de poder soberano do príncipe sob seus súditos, procurar a ligação entre homens livres nas sociedades e as leis.

### 2.1.2. Período Revolucionário

O primeiro texto reconhecido que apresenta uma “declaração” dos direitos humanos é a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 04 de Julho de 1776. No seu segundo parágrafo, ela declara:

Queremos esclarecer, por óbvio, as seguintes verdades: todos os homens são criados iguais; são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que entre estes direitos estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Os governos são instituídos entre os homens para assegurar esses direitos, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados.

Em poucas linhas, o essencial é expresso: o tema dos direitos humanos, a vida, a liberdade, a busca da felicidade, o papel do Estado como garantidor desses direitos e o povo, base do poder do Estado.

Em 27 de Agosto de 1789, a Assembleia Nacional do povo francês fecha as suas discussões e adota uma “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, sob os auspícios do Ser Supremo. O Comitê de Constituição de 09 de julho de 1789 tinha dado como objetivo para este texto de “tornar-se o trabalho dos representantes da nação, um guia fiel que sempre possa trazê-los de volta para a fonte da lei natural e social”.

A elaboração e a coerência do texto devem muito às reflexões, aos trabalhos preliminares, e a linguagem da época. Às vezes, o texto é visto de forma divina<sup>8</sup>. No entanto,

6 Aplicadas de forma estrita à lei chamada “Terrorismo Bill” em 2005 e o estabelecimento de “ordens de controle”.

7 No mais, perto de cerca de Meng Tzu, 300 a.C. J.C.: “O povo é o que mais importa, em seguida, vem o Estado, e o Imperador é o que importa o mínimo”.

8 A partir de 1989, decisão do ministro do Interior, a declaração é apresentada em todas as delegacias de polícia.

udesde sua adoção, os deputados sublinham a natureza incompleta e provisória, na expectativa de um enriquecimento, após os trabalhos constitucionais<sup>9</sup>. Os trabalhos sobre este texto serão retomados, levando à criação das declarações de 1793 e 1795.

A declaração de 1789 consagra os direitos “naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (art. II.). Ela estabelece a participação democrática na vida política, a liberdade de opinião, a tolerância religiosa, uma justiça baseada na lei, e, finalmente, o imposto e a inspeção por parte do cidadão.

Esta declaração foi escrita num momento crucial da história do país, que tratava de afirmar a existência de um direito da pessoa humana para enfrentar o poder discricionário de um soberano ou seus representantes. A preocupação foi a mesma que impulsionou à elaboração da Carta Magna inglesa de 1215.

Quais são os limites impostos aos deputados neste contexto?<sup>10</sup>

1. O cidadão. Se o cidadão é totalmente identificado no seu papel, isso não ocorre quanto a sua qualidade. Quem são eles? mulheres, escravos, estrangeiros? A escravidão foi abolida em 1794 e restaurada em 1802, para novamente ser definitivamente abolida em 1848. As mulheres só tiveram um lugar na vida política a partir de 1944, na França. O estrangeiro naturalizado só pôde participar na vida pública, de forma reconhecida, por um curto período durante a Convenção até 1793<sup>11</sup>, e hoje o debate sobre a participação dos estrangeiros na vida pública local ainda está em discussão.
2. A liberdade. A principal preocupação da declaração é o reconhecimento de uma liberdade formal que protege contra a força do Estado, os outros cidadãos. No entanto, esta declaração não tem o objetivo explícito para permitir que todos possam ter a liberdade real, ou até mesmo para dar um papel para o Estado no cumprimento desta verdadeira liberdade, permitindo a busca da felicidade para todos, como oferece a Declaração Americana. Este texto, portanto, não requer a realização de uma sociedade melhor, mas apenas para proteger as liberdades básicas.
3. As Minorias. Finalmente, a declaração não põe em causa as minorias como grupos culturais e sociais: o seu reconhecimento, os seus direitos, etc.

9 Realizada em 27 de agosto de 1789, apresentado pelo deputado Bouche

10 Introdução aos trabalhos parlamentares relevantes de 1789 por Christine Fauré, 1988.

11 Thomas Paine, Inglês, participa do nascimento dos Estados Unidos, torna-se representante do Pas de Calais. Anacharsis Cloots, um barão prussiano também será convencional. Marat é suíço e passou muitos anos na Inglaterra antes de se estabelecer na França.

A declaração de 1793 irá propor aditamentos: a solidariedade com os pobres, a promoção e a divulgação da educação. Elas permanecerão letra morta, e não serão incluídas na constituição 1795, que continuará a insistir sobre os direitos e deveres, e o papel central da família.

## 2.2. Declarações Revolucionárias

Karl Marx em 'A Questão Judaica' (1843), vai fazer uma crítica a essas declarações, considerando que elas estabelecem uma ordem burguesa, feita de egoísmo e garantida pela separação da esfera política e a esfera privada, como na Declaração Francesa de 1789, e na Declaração americana de 1776.

Na verdade nenhuma dessas declarações propõe um projeto político abrangente que inclua o indivíduo e as esferas, política, econômica e social. Elas só definem as liberdades individuais e a oportunidade de participar na vida pública. A partir deste ponto de vista, estas declarações podem ser lidas como propostas do pensamento liberal, com obrigações mínimas do Estado, mas não ausente. As obrigações do indivíduo em face à sociedade não são mencionadas. Entretanto, se por um lado entendemos a crítica de Marx como a vontade de superar as condições de uma liberdade formal, propondo um projeto para uma sociedade melhor, notamos também que definir e incluir dentro de um sistema político um projeto global, poderia ser a causa dos regimes totalitários, qualquer que seja a base.

### 2.2.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos

É precisamente em resposta ao totalitarismo e suas conseqüências, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi promulgada pelas Nações Unidas em 1948, nos termos da Carta das Nações Unidas, incluindo o seu preâmbulo.

Essa declaração foi redigida pelo Comitê dos Direitos Humanos, nomeada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e trabalhou por 02 anos esse texto, sob a presidência de Eleanor Roosevelt<sup>12</sup>. Se a sua afiliação com a Declaração 1789 é óbvia, por outro lado, ela traz muitos elementos que lhe permitem ultrapassar os direitos civis e políticos, e introduzir uma reflexão sobre as condições de realização das liberdades.

Um dos principais redatores, René Cassin, propôs a distinção de quatro pilares: direitos pessoais (vida, liberdade... e artigos 1-11), relações interpessoais (família, nação, propriedade...; artigos 12.º a 17.º), direitos políticos (liberdade de pensamento, de

12 Além de Eleanor Roosevelt, representando os Estados Unidos, a comissão incluiu René Cassin, da França; Charles Malik, do Líbano; Peng-Chun Chuang, da China. Para os membros da Comissão de Direitos Humanos, a rigor, associamos o nome de John Humphrey, então diretor da Divisão de Direitos Humanos da ONU.

opinião, de associação, a vida política; Artigos 18 a 21), e finalmente, a cultura econômica, social, cujo papel para a efetividade dos direitos anteriores foi discutido anteriormente (trabalho, descanso, saúde, condições de vida, educação...; artigo 22 a 28). Nessa classificação, adicionar a função específica do artigo 29, que estabelece que provem dos artigos anteriores, os deveres para o indivíduo em face da comunidade, e no artigo 30, que sublinha a indivisibilidade de todos os direitos humanos.

Este último artigo tem um papel vital no equilíbrio entre direitos - liberdades (pessoal, social, política) e os direitos que exigem que o Estado tem que criar um contexto favorável para o desenvolvimento dos direitos - liberdades individuais. Neste contexto, deve limitar as relações de poder interpessoal através da estruturação das relações sociais mínimas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, portanto, promove a relação dialética entre indivíduo-sociedade.

É lamentável, no entanto, a abordagem muito limitada dos direitos culturais neste texto. Na verdade, é apenas o direito de participar na vida cultural e de beneficiar-se da propriedade intelectual. A tolerância de práticas culturais diferenciadas, o seu reconhecimento como uma expressão de pertença a uma comunidade específica e do valor da diversidade em uma sociedade, vinculados por princípios mais amplos, são totalmente ausentes da declaração de 1948. O contexto político e a escolha dos editores, representantes dos Estados centrais têm certamente desempenhado um papel nessa perspectiva. O reconhecimento dos povos indígenas, e as diversidades culturais tiveram que esperar o início do século XXI: “Convenção sobre a Diversidade Cultural” da UNESCO em 20 de Outubro de 2005; e do projeto de “Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas”, aprovada em 30 de Junho de 2006, pelo Conselho dos Direitos Humanos. Estes direitos são essenciais porque reconhecem a legitimidade dos grupos sociais, e permitem ao homem ter direitos civis e políticos para se beneficiar da integração social e, assim, aproveitar toda a sua riqueza.

Apesar do papel reconhecido dos direitos econômicos, sociais e culturais, os países da esfera de influência soviética abstiveram-se sobre este texto, como a Arábia Saudita e África do Sul. A China, por sua vez, reconhece a declaração. Entretanto, não se deve enganar: a introdução clara sobre Direitos Econômicos, Sociais e culturais que obriga os Estados a garantirem as condições para o exercício dos direitos civis e políticos é uma grande reviravolta. René Cassin<sup>13</sup>, que participou da elaboração da Constituição de 1958 na França, não incluiu o texto de 1948 nas referências constitucionais, preferindo limitar-se ao preâmbulo de 1946, e ao texto de 1789: ele vislumbrou uma fonte de muitos conflitos com o sistema jurídico francês.

---

13 Que lhe deu um grande número de direitos econômicos e um papel para o Estado na construção da esfera econômica.

No contexto mais amplo da Declaração de 1948, a implementação dessas liberdades é o dever de todos e não só do legislador, como salientado no preâmbulo: “... que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, mantendo- a constantemente no espírito, se esforcem para promover o respeito a esses direitos e liberdades”.

Os procedimentos de ação pelo que não se enquadram na definição de um quadro jurídico único, mas exigem a mobilização de todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade (instituições, organismos nacionais ou locais, culturais ou econômicos). Este é, portanto, um projeto global, mas não é um projeto ideológico ou utopia institucionalizada<sup>14</sup>. Trata-se de um conjunto de princípios que devem ser implementados simultaneamente, sem que um seja subordinado ao outro. Estes princípios permitem diferentes formas de organização da sociedade, das instituições, e não são limitados por uma espiritualidade ou uma visão particular.

Uma inovação deste trabalho é declarar estes direitos “universais”. Isto não estava no mandato inicial da Comissão, mas esta alegação surgiu durante a elaboração do texto. O ponto é essencial. Os deputados franceses foram questionados sobre a natureza universal da sua abordagem em 1789; Em 1948, depois de duas guerras particularmente cruéis por causa dos meios utilizados, mas especialmente após a implementação dos campos de extermínio nazistas pelos ideólogos que negavam a humanidade de comunidades inteiras, era necessário reafirmar o humano universal e garantir que todos pudessem agora levar uma vida livre e digna.

No entanto, ao contrário de declarações anteriores que foram incorporadas por natureza como fundamento constitucional para o direito e para as instituições dos Estados, o direito internacional só existe através de compromissos vinculativos em que consentem os Estados. Foi necessário aguardar os Protocolos de 1966, e aplica-los gradativamente até a entrada definitiva em vigor em 1976. Estes protocolos globais, mesmo que muitas vezes especificquem significativamente os termos da declaração, foram gradualmente complementados por acordos, como o Estatuto dos Refugiados (1951 e 1967); contra a Discriminação Racial (1965); sobre a discriminação contra as mulheres (1979); contra a Tortura (1984); sobre os direitos dos povos indígenas como parte do trabalho (1989); sobre os direitos das crianças (1989).

Ao longo do tempo e de uma reflexão política, se encontrar no contexto particular das sociedades resultantes do feudalismo, fez com que o conceito de direitos humanos se expandisse para ir além da definição estritamente histórica. Ele adquire então um valor universal, abrangendo a reflexão filosófica sobre a dignidade humana e a tolerância, fundamentada no contrato social.

---

14 Um sobre os Direitos Civis e Políticos, o outro sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

### 3. Análise da Relação entre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como Fatores da Relação Humana

Os direitos civis e políticos (reconhecimento individual, o direito à vida, direito de família, a liberdade de opinião e de expressão, participação na vida política) estão bem identificados. Eles são, muitas vezes, o ponto de referência para as declarações políticas quando se trata de “direitos humanos”. Direitos econômicos, sociais e culturais são muitas vezes ignorados. No entanto, é essencial para entender no contexto desta reflexão sobre “direitos humanos e do desenvolvimento sustentável”. Na continuidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos, encontramos o trabalho e o lazer, as condições de vida (vestuário, habitação, saúde, segurança social), educação, participação na vida cultural, da paz social e internacional.

A abordagem tradicional de qualquer análise é colocar frente a frente os direitos civis e políticos, por um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, por outro. Esta abordagem tem sido herdada de uma visão de mundo bipolar: em primeiro lugar, um bloco “ocidental” social-democrata ou liberal economicamente, defensor dos direitos civis e políticos; segundo, um bloco comunista (incluindo países “não-alinhados”) enfatizando os direitos econômicos, sociais e culturais. Em todos os casos, estas ideologias foram rápidas para repudiar os mesmos princípios que elas defendiam, especialmente em suas ações internacionais de acordo com os seus interesses: o apoio e desenvolvimento de ditaduras, as trocas econômicas desiguais, a distribuição da riqueza em base de poder adquirido como instrumentalização de grupos populacionais... Esta dicotomia, com base em uma abordagem ideológica para o homem e a sociedade deve desaparecer hoje para ajudar a lidar com as complexidades do desenvolvimento humano. O desaparecimento dos blocos e, de alguma forma, o renascimento da história nos convidam a redefini-la.

Os Direitos Econômicos, Sociais e culturais são elementos essenciais para lidar com as condições materiais para o exercício dos direitos civis e políticos e, mais geralmente todas as atividades humanas. Estes direitos definem o acesso a bens e serviços básicos: este acesso mínimo é fixado a um nível necessário para que a dignidade e o desenvolvimento de personalidades individuais sejam respeitados. Esta é uma paráfrase do artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que abre a seção sobre os direitos econômicos, sociais e culturais. É também o acesso a esses direitos que garante a todos a capacidade de exercício efectivo dos direitos civis e políticos. Na verdade, o que é a liberdade de direitos sem possibilidade de alimentação, habitação, saúde, e condições mínimas de vida digna?

É justamente este conjunto de direitos econômicos, sociais, culturais, e direitos civis e políticos que definem um quadro no qual cada pessoa pode levar uma vida digna e livre, porque este conjunto oferece as liberdades individuais, as oportunidades de participação social, e capacidades que permitem exercê-los.

### 3.1. Reflexões Contemporâneas que Sugerem o Elemento Essencial dos Direitos Humanos

Finalmente, antes de fechar este capítulo sobre os fundamentos dos direitos humanos, é interessante notar que a nova luz foi dada ao final do século XX. Dois principais autores<sup>15</sup> devem ser citados aqui.

O filósofo John Rawls trata do interesse na justiça e na equidade como um princípio de construção do contrato social. O seu objectivo não é definir um bem a *priori*, independentemente do funcionamento de uma sociedade justa. Ele propõe na Teoria da Justiça (1975) que a sociedade se organize de acordo com dois princípios:

“Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais amplo sistema de liberdades básicas, e iguais para todos, e que sejam compatíveis com o mesmo sistema para os outros. As Desigualdades sociais e económicas devem ser dispostas de modo que ambas: a) possam ser razoavelmente esperadas para ser em benefício de cada um e; b) estejam ligadas a funções e posições abertas a todos”.

As Liberdades fundamentais para Rawls são os direitos políticos, a liberdade de expressão, de pensamento e de consciência, integridade física e mental da pessoa, a propriedade, a proteção contra a detenção e prisão arbitrária.

O interesse do primeiro princípio é notar que existem direitos irredutíveis a que todos devem ter acesso de forma igual. Nesta área, não é permitido um meio interindividual, que permita que alguns indivíduos tenham um amplo gozo destas liberdades, enquanto outros tenham menos acesso.

Todavia, sobre o campo económico e social, Rawls não considera que estes são direitos cujo gozo deve ser igual para todos, mas apenas que deve haver igualdade de condições de acesso a esses direitos, deixando a sua distribuição ser baseada em habilidades naturais de cada indivíduo (saúde, inteligência, imaginação,...). No entanto, ele apresenta uma condição de utilização diferenciada, mas que resulta num benefício para todos. O segundo princípio, com esta cláusula de benefício compartilhado justifica as funções de redistribuição desenvolvidas por Rawls sobre a educação, sobre as garantias sociais em seu trabalho.

Esta abordagem liberal é fundamentada no respeito absoluto pelas liberdades individuais, bem além do utilitarismo económico contra a qual ela é construída. No entanto, se focarmos sobre as liberdades formais, Rawls negligencia a questão da aplicação eficaz das mesmas. As regras jurídicas propostas permitem a distribuição de capacidades económicas e sociais capazes de assegurar o mesmo acesso efectivo às liberdades formais?

<sup>15</sup> Nenhum dos dois autores faz menção explicitamente para a declaração de 48.

Amartya Sen, prêmio Nobel de Economia, interessado no subdesenvolvimento, entende o desenvolvimento como um aumento das liberdades e das capacidades necessárias para o exercício dessas liberdades. Essas capacidades devem permitir que cada um, possa escolher o seu estilo de vida, respeitando a diversidade. Nesta abordagem, Sen não aceita a redução de nenhuma capacidade, ainda que possa permitir a aumentar outra, como é necessário para cada escolha eficaz. É com base nesse pensamento que Sen fez uma série de seminários no Banco Mundial no final de 1990 para fornecer novas pistas para a ação do banco (SEN, 1999, passim).

Em comparação com a abordagem de Rawls, Sen observa que todas as categorias de “capacidade” devem ser implementadas em simultâneo para permitir a realização de uma escolha efetiva com base em aspirações individuais. Por conseguinte, não aceita a ideia de dobrar as capacidades econômicas e sociais para o exercício do poder, permitido pelas diferenças na capacidade natural.<sup>16</sup>

A Reflexão de J. Rawls e de Sen têm finalidades diferentes: uma se preocupa em estabelecer uma paz justa, e a outra a dar prioridade às políticas de desenvolvimento. Ambas as abordagens conduzem ao cerne da reflexão o desenvolvimento da pessoa, de cada pessoa. Além disso, este desenvolvimento aparece necessariamente abrangendo vários componentes diferentes. Como tal, o progresso não pode ser medido em uma variável que encapsula todos esses componentes nela. Assim, a função do bem-estar coletivo dos economistas não tem relevância aqui. O desenvolvimento social parece ter várias dimensões quer seja com a restrição de Rawls em relação aos direitos sociais e econômicos, ou na abordagem mais ampla de Sen. Se essas abordagens, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, parecem mais difíceis de implementar devido ao grande número de objetivos, elas oferecem várias possibilidades para construir um progresso social. Seria bom trazer esta nova perspectiva do debate sobre o desenvolvimento e crescimento<sup>17</sup>.

Finalmente, note que esses dois autores enfatizam, cada um à sua maneira, a interdependência e a irredutibilidade de direitos. Este é também o significado do artigo 30 da Declaração de 1948 que mencionamos: “Nada deve ser interpretado como o reconhecimento... qualquer direito de exercer qualquer atividade... visando à destruição dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”. Portanto, não é de se opor aos direitos dos blocos juntos, mas encontrar uma maneira de respeitá-los todos.<sup>18</sup>

16 Aqui nós podemos fazer a pergunta do estado de desenvolvimento a que se refere implicitamente para cada autor. O reflexo de Rawls é essencialmente baseado na observação teórica de um estado rico, e de Sen sobre a prática de observação estados mais pobres.

17 O conceito de crescimento só se aplica a magnitudes de ordenadas; em um mundo multidimensional há mais relação de ordem.

18 Aqui encontramos uma abordagem necessariamente “ética” por se opor a uma abordagem “intencional” que define o objectivo *a priori*, para usar a análise de modelos organizacionais realizadas por Rawls.

### 3.2. *Efetivação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*

A implementação dos direitos humanos é, como já discutimos antes, o compromisso de cada indivíduo, de cada órgão da sociedade, com a certeza um papel crucial para as autoridades públicas a nível local ou Nacional. No entanto, se a observância dos direitos civis, essencialmente, requer o estabelecimento de regras para o exercício do poder público, a implementação do social, econômico e cultural geralmente requer recursos econômicos e técnicos que podem não estar disponíveis. Esses direitos podem, então, ser devidos? e em que condições?

O Protocolo Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é prudente a este respeito. Diz em seu Art. 21. “Cada Estado membro no presente Pacto compromete-se a tomar medidas, por seus próprios esforços e através da assistência e cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vista a plena realização progressiva dos direitos reconhecidos no presente Pacto”.

Os Estados têm a obrigação de implementar as políticas; para os Estados que não têm meios suficientes o recurso da cooperação é necessária e é, portanto, devida pelos Estados com estes meios. A implementação de uma política de redução da pobreza através dos “Objectivos de Desenvolvimento do Milénio para o Desenvolvimento”<sup>19</sup> reporta diretamente a este artigo, mesmo se esta política é definida como parte do “desenvolvimento” geral. Neste contexto, para os Estados desenvolvidos um indicador deve analisar a contribuição em termos de uso destes Estados aos serviços básicos.

Em 1985, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas criou uma Comissão de Peritos para examinar relatórios dos Estados sobre a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Muito rapidamente, a Comissão teve de desenvolver uma reflexão sobre a aplicação, e para definir regras gerais em notas de “Comentário Geral”<sup>20</sup>. Este conjunto de observações deu uma ideia das obrigações dos Estados para a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Estado tem três formas importantes de direito: respeitar, proteger, e implementar [realizar]. É necessário não fazer nada contra o acesso a um direito, e de proteger o que

19 Os objetivos do Desenvolvimento do Milénio foram decididos pela Assembléia Geral das Nações Unidas, 08 de setembro de 2000. Eles visam reduzir a pobreza em 15 anos, para promover a educação, melhorar a saúde materna, o avanço da igualdade de gênero. Eles também estão preocupados com o combate à mortalidade infantil, HIV/AIDS e outras doenças.

20 Além de comentários gerais sobre os relatórios dos Estados, deve notar-se, nomeadamente: o direito à habitação, Comentário Geral 4, 1991, sobre as expulsões forçadas, OG 7, de 1997; Primária, O.G. 11, 1999; Direito à educação, O.G. 13, 1999; Direito ao melhor estado de saúde possível, GL 14, 2000; Direito à água, O. G. 15, de 2002.

já está feito, e, finalmente, comprometer os recursos do Estado na efetiva realização de programas de acesso. Para garantir a implementação de um direito são necessárias:

- A disponibilidade;
- A acessibilidade física e econômica, e a acessibilidade à informação;
- Aceitabilidade ética e cultural;
- A qualidade.

A disponibilidade é medida em termos de necessidades básicas.

Obviamente, a implementação desses direitos não deve conduzir a violar ou limitar um outro direito: assim, a discriminação contra uma parte da população é particularmente examinada.

No entanto, houve uma certa distância entre estes princípios gerais e sua aplicação prática no campo. A exigibilidade de direitos econômicos sociais e culturais, e, conseqüentemente, sua viabilidade de forma justa depende hoje das constituições e leis dos Estados, sem poder recorrer a nível internacional.

No entanto, ações judiciais podem ser interessantes no contexto da implementação nacional desses direitos. Assim, em Buenos Aires, em 2003, depois de uma deportação de moradias precárias e a ocupação de um edifício, o município foi condenado pela justiça argentina a construir habitações sociais, alegando o fato de que ele violou o direito uma habitação saudável.

#### **4. Desenvolvimento Sustentável Humano**

Os Direitos humanos devem ser vistos como uma condição necessária para alcançar o desenvolvimento sustentável, que faz parte de um bom governo. Na verdade, torná-lo real e possível a todos, é o cerne dos direitos humanos, é o coração e a própria finalidade do desenvolvimento social e do desenvolvimento sustentável.

O conceito de desenvolvimento sustentável surgiu na convergência de uma primeira corrente social consciente do impacto da atividade humana sobre o meio ambiente, e de uma segunda que desejava promover o desenvolvimento. Ele agora serve como um 'ativo' no debate político. Sem pretender estabelecer uma definição de desenvolvimento sustentável, vamos analisar aqui duas abordagens que nos permitirá avançar em nossa reflexão:

- a) A abordagem do relatório Brundtland, tal como estabelecido no Princípio 3 da Declaração do Rio: "o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a atender equitativamente as necessidades presentes do desenvolvimento e do meio ambiente, e também às gerações futuras."

- b) A abordagem de Ignacy Sachs, iniciador do eco-desenvolvimento na Conferência de Estocolmo, em 1992: “o desenvolvimento sustentável é uma dimensão social, ambiental e economicamente viável”<sup>21</sup>.

Ambas as abordagens nos desafiam, tanto como elas nos ajudam a entender o conceito de desenvolvimento sustentável<sup>22</sup>.

O que é este desenvolvimento no centro do desenvolvimento sustentável. Cabe aqui colocar esta abordagem em contexto. Podemos distinguir três linhas significativas.

#### 4.1. *Desenvolvimento*

Após a Segunda Guerra Mundial, gradualmente, os impérios coloniais foram derrotados. O desenvolvimento é, portanto, uma questão fundamental para os novos governos: é para desenvolver infra-estruturas (estradas, hospitais, escolas), construir indústrias e alimentar as populações em crescimento nos países em desenvolvimento. Políticas proativas, centralizadas, mais ou menos autárquicas são implementadas por esses governos. Mas eles não cumprem o sucesso esperado. Novos modelos de economia aberta são propostos, tanto no comércio internacional quanto para o capital estrangeiro. Esta abertura é acompanhada por uma demanda de reforma do Estado, sob pressão do FMI e do Banco Mundial a partir de 1981. São políticas de reforma estrutural. Na esfera econômica e nos serviços essenciais (saúde, educação, segurança), o papel do Estado foi reduzido sob a pressão de serviço da dívida. Depois de várias crises, incluindo a da Argentina, o fracasso dessas políticas é óbvio, e se faz necessário encontrar novas orientações.

#### 4.2. *Blocos Ideológicos*

Depois de Yalta, a oposição em dois blocos torna-se a estrutura do mundo, mesmo se uma terceira via é procurada pelos “não-alinhados”, após a Conferência de Bandung (1955). A “polícia” internacional é gerida por cada um dos blocos, dentro de suas respectivas áreas de influência. Mas desde a queda do Muro de Berlim (1989) e o fim da URSS (1991), as áreas de influência se reestruturaram, e a maioria dos Estados ganhou autonomia política.

Neste particular foram gerados conflitos regionais de grande escala (a ex-Iugoslávia, Ruanda, República Democrática do Congo, Libéria, etc.) com base em questões raciais, religiosas ou econômicas. A dominação dos Estados Unidos ficou mais forte através da

21 Ogunlade Davidson, co-presidente do IPCC WG III, África do Sul, descreveu o conceito de desenvolvimento sustentável como “indescritível”, o que significa tanto inacessível quanto evasivo”.

22 Conferência “Rio + 10”, de 19 de junho de 2002. Cité de la Villette. Paris. 2002.

construção sobre a luta contra o terrorismo na sequência dos ataques de 11 de setembro de 2001. Ela promoveu uma organização econômica liberal, em economias abertas, enquanto mostra o protecionismo nacional.

### 4.3. Globalização

Sob o impacto das tecnologias de comunicação, o baixo custo de transporte e a abertura dos blocos, a globalização das trocas de comércio se instala. Numerosos acordos internacionais são realizados para o comércio através da OMC, para a proteção do ambiente em face de questões globais (camada de ozônio, gases de efeito estufa, alterações climáticas, biodiversidade). Mas esta globalização que vê um crescimento significativo das trocas de mercado e financeiras, nem sempre beneficia a todos. Confrontada com o aumento da pobreza de certas populações (países menos desenvolvidos), os “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio” são decididos em 2000.

Neste contexto, o conceito de desenvolvimento sustentável está emergindo gradualmente em três etapas: a) 1972, em Estocolmo, a importância de ameaças ao meio ambiente é reconhecida; b) 1992, no Rio, uma perspectiva é traçada entre meio ambiente e desenvolvimento, tornando muito espaço para ações locais e atores locais; e c) 2002, em Joanesburgo, sobre a compreensão de como envolver a economia e seus atores nesse desenvolvimento.

Pode-se perguntar sobre o significado a ser dado para o surgimento do conceito de desenvolvimento sustentável, à luz do contexto. Se as ameaças ao meio ambiente foram o fator inicial de gatilho para a reflexão sobre o desenvolvimento sustentável, agora devemos ver que o desenvolvimento sustentável propõe uma abordagem pragmática para programas de ações setoriais do governo, e a ampla participação dos atores sejam eles governos locais, povos indígenas, mulheres, etc. A abordagem de “desenvolvimento sustentável”, adotada pela comunidade internacional responde a uma necessidade de marcadores em um mundo que não quer reviver as abordagens ideológicas, sejam aquelas que nos levaram a regimes totalitários, ou aquelas que não puderam produzir os resultados esperados, dada a complexidade das sociedades humanas. Esta é essencialmente uma abordagem processual, ética.

O lugar explícito dos direitos<sup>23</sup> do homem é frágil nesta abordagem, se não insignificante. Já falamos sobre a sua menção na Agenda 21. A Declaração do Rio, que fornece um quadro para a referida Agenda e para a abordagem de desenvolvimento sustentável não os menciona. No Sumário Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável

---

23 Os direitos humanos são mencionados quatro vezes nos textos. Eles foram removidos do parágrafo que define os objetivos do desenvolvimento sustentável (art.121).

(Joanesburgo, 2002), os direitos humanos foram mencionados e discutidos repetidamente em três contextos específicos: de Responsabilidade das empresas, como parte de um contexto de desenvolvimento regional e nacional, complementando a abordagem ambiental. Além disso, a igualdade de gênero é mencionada.

No preâmbulo do Plano de Ação de Joanesburgo os direitos humanos são mencionados como segue:

“Art. 5º. A paz, a segurança, a estabilidade e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, incluindo o direito ao desenvolvimento, bem como o respeito pela diversidade cultural, são essenciais para atingir um desenvolvimento sustentável”.

Embora seja bom notar que os direitos humanos são mencionados apenas de forma prudente, provando que este conceito é hoje ainda a fundamentação da promoção dos valores que desafiam os poderes estabelecidos, o texto anterior mostra, ao contrário, um desrespeito pelos direitos humanos. É curioso para adicionar “liberdades fundamentais” por trás de “direitos humanos” que, precisamente por direitos civis e políticos cobrem este ponto. Será que não reverter as palavras e escrever: “o respeito dos direitos humanos e da paz, segurança, estabilidade ...”, observando bem como a paz, a segurança e a estabilidade são condicionadas pelo cumprimento direitos humanos?

Na Europa, uma estratégia de desenvolvimento sustentável foi adoptada no Sumário de Gotemburgo em 2001. Estes textos definem a perspectiva tomada pela Europa: “o desenvolvimento sustentável – resposta para satisfazer as necessidades do presente sem comprometer as gerações futuras – é um objetivo fundamental à luz dos Tratados. Isso implica que as políticas económicas, sociais e ambientais sejam abordadas reforçando-se mutuamente”. Texto de conclusão do Sumário de Gotemburgo, 15-16 junho de 2001.

Com esta decisão, nós reconhecemos a necessidade, a longo prazo, para serem aliados o crescimento económico, a coesão social e a proteção do ambiente.” Desenvolvimento sustentável para um mundo melhor. Comissão Europeia. Comunicação n.º 264/2001 .

Estes dois trechos são originários das partes introdutórias dos documentos. Os direitos humanos nunca são mencionados, como irá destacar um representante de ATD Quarto Mundo nas audiências do Conselho Económico e Social. No entanto, no corpo do documento, os objectivos de luta contra a pobreza e a exclusão, as medidas para lidar com o envelhecimento da população e aquelas concernentes à queda da segurança social, levam a implementação dos direitos humanos.

Ao ler estes textos, o achatamento do desenvolvimento social, as questões ambientais e as condições económicas são impressionantes. O próprio desenvolvimento social é reduzido à coesão social, e o crescimento económico é o principal objetivo. Isso reflete uma

confusão entre fins e meios. Então, qual é o propósito de “viver juntos”? O que é o progresso social? E organização política precisa contribuir? Esses tópicos são completamente ausente das propostas do Sumário de Gotemburgo.

#### 4.4. *Inserção os Direitos Humanos no Centro do Desenvolvimento Sustentável*

Foi demonstrado que a concepção moderna dos direitos humanos incorpora tanto o tema do desenvolvimento humano (uma vida digna e livre) como os principais componentes de sua realização (condições econômicas, sociais e culturais). Os autores da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos tinham compreendido a importância dos direitos humanos no centro da definição de um projeto social. O preâmbulo desta última vale a pena citar aqui:

Considerando que o reconhecimento da dignidade é inerente a todos os membros da família humana, e que seus direitos são iguais e inalienáveis, e constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade, e que o advento de um mundo em que os seres humanos gozam de liberdade de palavra, de crença e da liberdade terror, e da miséria, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem;

Considerando que é essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja forçado, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão...

Além disso, a abordagem de desenvolvimento sustentável enfatiza a interdependência entre a esfera social, a esfera ambiental e da abordagem econômica. Esta esfera foi proposta pragmaticamente para enfrentar os desafios do desenvolvimento e os riscos que representam para as atividades humanas em todo o nosso ambiente. Ela surge de maneira forte e estruturada, a nível internacional, nacional e local, assim como a estratégia dos agentes econômicos<sup>24</sup>.

24 Note-se que não é apenas uma questão de meios econômicos. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento identificou na última década uma série de indicadores sobre o desenvolvimento, que permitem uma análise dos países. Na Índia, o Estado de Kerala aparece como um agrupamento muitos sucessos. Este resultado é devido principalmente a uma organização social, uma abordagem para o seu lugar no Estado. Esta não é objetivamente uma questão de nível econômico. Muitos exemplos obtidos por explorar sistematicamente os componentes de desenvolvimento humano estão bem documentados. Note-se que alguns países com elevado potencial econômico podem ser titulares de um desenvolvimento desequilibrado, independentemente do sistema político que eles adotaram. Os direitos humanos são mencionados quatro vezes no texto. Eles foram retirados do parágrafo que define os objetivos do desenvolvimento sustentável (art. 121.).

No entanto, esta abordagem não tem aproveitado as realizações de outras políticas e seu trabalho de implementação, especialmente aqueles que lidam com os direitos humanos.

Há uma urgência hoje para posicionar claramente essas duas abordagens.

A realização dos direitos humanos é a própria finalidade do processo de desenvolvimento sustentável, definindo claramente o propósito do desenvolvimento social. Isso é para dar a todos mais liberdade e desenvolver as capacidades de cada um.

Em primeiro lugar, as liberdades civis e políticas permitem que todos possam participar nas escolhas da sociedade em todos os níveis. Além disso, as capacidades desenvolvidas em termos de saúde, habitação, educação e trabalho permitem o exercício efectivo destas liberdades. Sem esses recursos, essas liberdades são apenas ilusões. Deve-se enfatizar mais uma vez, fortemente, a interdependência e indivisibilidade desses direitos. Precisamos uns dos outros, cabendo aos governos e a sociedade que eles representam, para definir caminhos de desenvolvimento virtuosos assim respeitando todos os direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais.

A realização dos direitos humanos também é um componente bem sucedido de políticas de desenvolvimento sustentável. Na verdade, as políticas de sustentabilidade, além da integração social, ambiental e econômica exigem, acima de tudo, a participação dos indivíduos e grupos sociais. Essa participação garante a adaptação adequada de políticas para as pessoas em causa, o que impede uma construção abstrata da realidade social. Para permitir que todos possam participar de uma maneira inteligente e informada, mas também construtiva, é necessário dispor das liberdades e capacidades definidas pelos direitos humanos.

Por fim, alcançar uma condição de desenvolvimento sustentável é uma condição de acesso a uma vida digna e livre, isto é, a realização dos direitos humanos.

Na verdade, como dar a todos as capacidades de implementar seus direitos em um mundo onde a qualidade do ar, os resíduos, a degradação dos solos, e a qualidade da água não permitem ter uma alimentação e uma moradia saudáveis? Da mesma forma, se as trocas de mercado e os fluxos financeiros são desorganizados e desequilibrados, ou se a capacidade de tornar mais eficaz e menos doloroso o trabalho humano pela industrialização não é acessível, em seguida, a autonomia individual e capacidade física e mental para assumir esta vida digna e livre (saúde, alimentação, educação) pode estar faltando. É impossível conduzir uma vida livre e digna. No entanto, se um estado geral de destituição não goza de direitos fundamentais, ao contrário de uma economia e um ambiente saudável que irá beneficiar todos fornecidos para proporcionar um acesso geral aos serviços básicos por uma política destinada ao objetivo do desenvolvimento social e, portanto, o acesso aos direitos humanos.

Finalmente, note a convergência das políticas adotadas para a implementação dos direitos humanos e do desenvolvimento sustentável. Ambas as abordagens não constituem uma utopia globalizada, mas propõem critérios a serem implementados. Ao desenvolver um plano de ação contra um problema específico, a pesquisa para a realização simultânea com esses critérios cria tensão entre eles e esse equilíbrio.

A abordagem dos direitos humanos e do desenvolvimento sustentável reconhecem a multiplicidade e a irredutibilidade dos objetivos esperados; elas exigem progressos em cada um dos respectivos componentes. Não se trata de um caso limitado para o desenvolvimento econômico, ou na maximização da utilidade coletiva medido pelo volume de trocas comerciais. Dada a complexidade, estas abordagens defendem uma complexa abordagem participativa, que exige uma estratégia de adaptação apoiada nas capacidades disponíveis.

Estas conclusões alcançadas em 1948 no domínio do desenvolvimento da sociedade humana através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, já encontraram hoje um complemento no domínio do desenvolvimento econômico e da proteção do ambiente.

Em conclusão, entendemos porque é necessário esclarecer este argumento de duas abordagens para o desenvolvimento sustentável.

A primeira, na sequência do relatório Brundtland e muitas vezes repetida, não considera o tema do desenvolvimento, mas apenas a implementação de condições para o desenvolvimento sustentável, colocando no mesmo nível os objetivos, as condições de execução, e os meios de execução.

A segunda: “o desenvolvimento sustentável é um desenvolvimento social, respeitando o meio ambiente e viável economicamente” permitindo estruturar a reflexão, e reposicionar o desenvolvimento social no centro da demanda do desenvolvimento sustentável, mas evidentemente sem negligenciar as condições de execução e sustentabilidade deste desenvolvimento.

Assim, tornar real e acessível todos os direitos humanos é o coração e o propósito do desenvolvimento social e do desenvolvimento sustentável.

## 5. Conclusões

Duas questões importantes, ambas as preocupações atuais, duas exigências da sociedade contemporânea: Direitos Humanos e o desenvolvimento sustentável são uma parte integrante de todas as estratégias de desenvolvimento. Estes são os principais desafios para todos os países do mundo, do Norte e do Sul, nos países desenvolvidos e nos países em desenvolvimento. O futuro das sociedades e indivíduos com base na procura de uma forte ligação entre os dois objetivos. É um desafio contemporâneo; um desafio para o egoísmo,

a injustiça, a desigualdade, a estreiteza mental e fraturas sociais e econômicas vivenciadas por alguns países. O tema dos direitos humanos e desenvolvimento sustentável levanta um debate profundo a nível mundial. É por estas razões que escolhemos este tema para nosso artigo.

O objetivo do desenvolvimento sustentável é definir planos viáveis que equilibrem as três atividades humanas: ecológicas, sociais e econômicas. “Três pilares” a serem considerados tanto pelas comunidades, como por empresas e indivíduos. O objetivo do desenvolvimento sustentável é encontrar um equilíbrio sustentável consistente e de longo prazo entre estas três questões. Para estes três pilares é adicionada uma questão transversal, cada vez mais considerado “o quarto pilar do desenvolvimento sustentável”, essencial para a definição e implementação de políticas e ações para o desenvolvimento sustentável: governabilidade.

A governabilidade envolve a participação de todos os interessados (cidadãos, empresas, associações, representantes eleitos) na tomada de decisões; é, portanto, uma forma de democracia participativa. O desenvolvimento sustentável não é um estado estático de harmonia, mas um processo de mudança no qual a exploração dos recursos naturais, a escolha de investimentos, a orientação da mudança tecnológica e institucional são feitas de acordo com as necessidades atuais, sem prejuízo das necessidades futuras. Integrar as questões ambientais significa adotar uma abordagem ecossistêmica, baseada em princípios de gestão.

Portanto, o desenvolvimento humano sustentável é a aliança do desenvolvimento sustentável e desenvolvimento humano. Este conceito nasceu da ação humana de consciência do seu ambiente e do fato de que alguns modos de crescimento e desenvolvimento são prejudiciais ao meio ambiente. Isto permite considerar o meio ambiente como um critério adicional para ser tido em conta, além de critérios econômicos e sociais. Desenvolvimento é assim previsto a longo prazo, tendo em vista a preservação de modo que as gerações futuras possam viver pelo menos da mesma maneira como a nossa geração.

## 6. Referências

- A ANISTIA Internacional Seção Francesa. **A proteção dos direitos humanos**. Ferramentas e mecanismos legais internacionais. Edição do Juris Classeurs. Paris. 2003.
- ACSELRAD, H. Políticas ambientais e construção democrática. In: VIANA, G.; SILVA, M.; DINIZ, N. **O desafio da sustentabilidade**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.
- ACSELRAD, Henri e LEROY, Jean P. Novas premissas da sustentabilidade democrática. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, 1, 1999. BEZERRA, M. C. L.;

- ARENDDT, H. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BRIANT, Pierre. **História do Império Persa**, Ciro Alexander, Paris, 1996.
- BURSZTYN, M. (cood.). **Ciência e Tecnologia para o desenvolvimento sustentável**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis: Consórcio CDS/ UNB/ Abipti, 2000.
- CARTA da Terra. **Organização das Nações Unidas**, 2002.
- CMMAD – Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2ed. Tradução de Our common future. 1ed. 1988. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- DUFFAR, Jean; OBERDORFF, Jean Henri. **Dos Direitos Humanos e as Liberdades fundamentais**. Paris: Montchrestien, coll. “Domat”. 2009.
- ESCRITÓRIO do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. **Os direitos humanos, redução da pobreza e desenvolvimento sustentável. Saúde, comida e água**. Sumário Mundial do Desenvolvimento Sustentável. 2002.
- EUZEBY, Alain. **O que uma teoria da justiça social?** Direitos Sociais Nº. 9-10, 202, *In problemas econômicos*, 07 de janeiro de 2004.
- FAURÉ, Christine. **As declarações de direitos humanos de 1789**. Payot Biblioteca Histórica. Paris, 1988.
- GOBIN, Corinne. **Os Falsificadores da Europa social**. O Mundo Diplomático, outubro de 2005, pp. 10-11.
- HERSCH, Jeanne. **Os fundamentos dos direitos humanos na consciência universal. Os direitos humanos em questão**. Comissão Nacional Consultiva dos Direitos do Homem. Documentação Francesa, Paris, 1989.
- LAVILLE, Jean Louis. **Com Mauss e Polanyi, a uma teoria da economia plural**. A revisão do MAUSS, em problemas econômicos, 03 de setembro de 2003, pp. 17-23.
- MARTIN, Jean -Yves. **Desenvolvimento sustentável?** Doutrinas Práticas e Avaliações. IRD. 2002 .
- MAURIZE, Marie-Odile. **Além do Estado, o direito internacional e da Defesa dos Direitos Humanos**. Edições da Anistia Internacional em francês, em 1992.
- \_\_\_\_\_. **União Interparlamentar, dos Direitos do Homem**. Manual para Parlamentares, Marie Odile nº 8, de 2005.
- O CÍRCULO Belgrado. **A política de direitos humanos**. Londres Verso 1999. Uma série de textos contemporâneos sobre os direitos humanos, incluindo: Rawls, Levinas, Habermas, Baudrillard Chomski.

- OFFICE of the High Commissioner for Human rights. **Human rights, poverty reduction and sustainable development.** Health, food and water. Background paper. World Summit on Sustainable Development. 2002.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Teste Ponto 354. Seuil. 1997.
- ROUSSEAU, Jean- Jacques. **O contrato social de 1762.**
- SACHS, I. **Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado.** Rio de Janeiro: Garamond, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Estratégias de Transição para do século XXI** – Desenvolvimento e Meio Ambiente. São Paulo: Studio Nobel – Fundação para o desenvolvimento administrativo, 1993.
- SAVIDAN, Patrick. **Será que há desigualdades justas?** Alternativas Econômicas, 207, outubro de 2002, pp. 79-81.
- SEN, Amartya. **Um novo modelo econômico.** Desenvolvimento. 1999.
- SERGE, Antoine; BARRERE, Martine; VERBRUGGE, Geneviève. **Planeta Terra em nossas mãos.** Guia para a implementação dos compromissos da Cúpula da Terra do planeta. Documentação francesa, 1994.
- STIGLITZ, Joseph E. **A Grande Desilusão.** O Livro de Bolso. N° 15538. Fayard. Paris. 2002.

# DIREITO AMBIENTAL NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO: UMA ANÁLISE SOBRE AS ÁREAS CONTAMINADAS

---

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

Pós-doutor pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (2007). Pós-doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina (2013) Doutor (2003) e Mestre (1997), em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista em Ciências Ambientais pela Universidade São Francisco (2000). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1986). Bacharel em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2011). Atualmente é professor da Universidade Nove de Julho (UNINOVE) e da Universidade Paulista (UNIP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

## Resumo

O artigo se propõe a examinar a proteção da qualidade do solo, as medidas contra as alterações nocivas por contaminação e o gerenciamento de áreas contaminadas, diante da realidade brasileira em um contexto de sociedade de risco. Para tanto, parte-se da explicação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no âmbito do direito brasileiro e da ética ambiental. Em seguida, examina-se o conceito de sociedade de risco. Depois, a problemática dos solos contaminados no Brasil e, ao final, apresentam-se as técnicas para recuperação dos solos contaminados. Desta maneira, são analisados, também, os processos que geraram o passivo ambiental, as iniciativas para minimizar os riscos desses impactos e os instrumentos hoje disponíveis para seu enfrentamento: considerados como elementos imprescindíveis para subsídio às políticas voltadas à requalificação urbana de áreas contaminadas.

## Palavras-chave

Áreas contaminadas; Sociedade de risco; Passivo ambiental; Qualidade do solo; Ética ambiental.

## Abstract

The article aims to analyze the protection of soil quality, measures against harmful contamination of change and the management of contaminated areas, before the Brazilian reality in a risk society context. Therefore, examines the right to an ecologically balanced environment under Brazilian law and environmental ethics. Then the concept of risk

society. After the contaminated soil problems in Brazil and in the end present techniques for remediation of contaminated soils. In this way, are analyzed also the processes that generated the environmental liability, initiatives to minimize the risks of these impacts and the tools available today for its confrontation: considered as essential elements for subsidizing policies aimed at urban regeneration of contaminated areas.

## Key words

Contaminated areas; Risk society; Soil quality; Environmental liability; Environmental ethics.

## 1. Introdução

O presente artigo se propõe a examinar a proteção da qualidade do solo, as medidas contra as alterações nocivas por contaminação e o gerenciamento de áreas contaminadas, diante da realidade brasileira.

Como se sabe a Revolução Industrial altera significativamente os hábitos e os costumes da humanidade, gerando diversas transformações sociais, políticas e econômicas.

O crescimento desenfreado de máquinas, indústrias, obras e instalações acabaram por gerar um acúmulo de danos ambientais que devem ser reparados para garantir a qualidade de vida das gerações presentes e futuras.

Ao longo desse período o mundo passou a conviver com um crescente passivo ambiental decorrente da dinâmica da vida moderna nas cidades e no campo, tais como depósitos de resíduos, uso de agrotóxicos, vazamentos de tubulação e tanques enterrados, vazamentos de combustíveis, etc, sendo que durante muito tempo inexistiu qualquer discussão sobre recuperação de áreas contaminadas, gerenciamento de resíduos e gestão de recursos hídricos.

Com isso tem-se que a Revolução Industrial de um lado possibilita o avanço tecnológico e científico, mas de outro enseja que o planeta seja explorado de maneira intensa e predatória, na tentativa de extrair recursos naturais que, em tese, deveriam propiciar maiores benefícios para a humanidade.

O resultado dessa busca incessante por matéria-prima e produção de bens e produtos, em épocas de ausência de regras de proteção e gestão ambiental, redundou no surgimento de várias modalidades de poluição, dentre elas a poluição do solo e das águas superficiais e subterrâneas e, conseqüentemente, um risco para a saúde humana.

Com efeito, é certo que na Inglaterra, no início do século XIX, já se registravam problemas de poluição do solo e dos rios pela intensa descarga de dejetos, inclusive industriais, que causaram epidemias de cólera e febre tifoide.

No Brasil, em razão de um modelo desenvolvimentista mais atrasado, os problemas ambientais referentes à poluição do solo começam a surgir de forma mais intensa nas décadas de 1930 a 1950, quando há uma expansão industrial no país.

Porém, em termos mundiais somente a partir final da década de 1960 é que surge uma preocupação com a poluição dos solos.

De fato, começam a surgir, em escala mundial uma série de problemas oriundos da intensa atividade industrial e agrícola que levam os países a discutirem mecanismos para recuperação de áreas degradadas e contaminadas, resíduos e gestão de recursos hídricos.

É a percepção social global que impulsiona a humanidade a rever o modelo da sociedade de consumo surgido a partir da Revolução Industrial, exigindo um intenso debate sobre o destino ambiental planetário, mostrando a necessidade de modificação dos modelos sistemáticos de produção e gestão ambiental, face os perigos e as incertezas do futuro do homem.

Assim, o presente artigo tem seu início com uma explicação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no âmbito do direito brasileiro. Em seguida, debruça-se sobre o conceito de sociedade de risco. Depois, parte-se para análise da problemática dos solos contaminados no Brasil. Ao final pretende-se mostrar o atual estado da arte e as técnicas para recuperação dos solos contaminados.

Desta forma, propõe-se a análise da temática cuja importância se revela inequívoca na medida em que sua existência constitui fato sobre o qual se deparam os operadores do Direito com não rara frequência, merecendo, portanto, a tecer algumas considerações acerca das características e natureza principiológica decorrentes da ideia de prevenção e reparação.

É nesse contexto que se encontra inserido o objeto central do presente estudo, qual seja avaliar a existência de áreas contaminadas ou ainda suspeitas de contaminação e dos instrumentos legais de gerenciamento existentes que não funcionam para esta sociedade, numa releitura de antigos direitos em face da construção de uma nova e necessária realidade. (sociedade de risco).

Por fim, serão analisados os processos que geraram o passivo ambiental, as iniciativas para minimizar os riscos desses impactos e os instrumentos hoje disponíveis para seu enfrentamento: considerados como elementos imprescindíveis para subsídio às políticas voltadas à requalificação urbana de áreas contaminadas.

## **2. Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado no Âmbito do Direito Brasileiro**

O aumento do consumo, o pensamento linear e determinista de utilização da natureza para suprir e servir o homem e a globalização do consumo acentuaram o estado de degradação ambiental que vemos na atualidade.

Neste particular Ulrich Beck (2011, p.23) enfatiza que:

Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos sugeridos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos.

Tudo isso vem obrigando os países a buscar a conservação ambiental e o aproveitamento dos recursos naturais de forma integrada, de tal forma que os problemas ambientais atuais devem ser enfrentados com um modelo legislativo robusto capaz de diminuir os danos infligidos, por décadas, ao meio ambiente.

Neste sentido, a Constituição República Federativa do Brasil de 1988 traz, pela primeira vez, a proteção ao meio ambiente como matéria constitucional, tornando-o um bem jurídico, no qual todo indivíduo tem o direito fundamental de desfrutar de um meio ambiente sadio.

Além disso, é dever do Poder Público e de toda a coletividade defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para preservá-lo para as presentes e futuras gerações, justificando-se a intervenção do Estado para controlar as atividades econômicas e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que coloquem em risco a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (CF/88, artigo 225, § 1º, V).

Tem-se com isso que a sadia qualidade de vida pressupõe o respeito ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que integra a dignidade da existência — objetivo da ordem econômica (CF/88, art. 170) — e o bem-estar de todos — objetivo da ordem social (CF/88, art. 193). Portanto, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo, o que indica a sua natureza jurídica de bem difuso.

A leitura dos dispositivos afasta a possibilidade de adoção de um modelo técnico-científico de domínio da natureza ou da visão de que esta seja um mero reservatório de matéria-prima para favorecimento do homem.

No contexto atual, como revela Ulrich Beck (2011, p.24):

Não se trata mais, portanto, ou não se trata mais exclusivamente de uma utilização econômica da natureza para libertar as pessoas de sujeições tradicionais, mas também e sobretudo de problemas decorrentes do próprio desenvolvimento técnico-econômico. O processo de modernização torna-se “reflexivo”, convertendo-se a si mesmo em tema e problema. Às questões do desenvolvimento e do emprego de tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade e da personalidade) sobrepõem-se questões do “manejo” político e científico – administração, descoberta, integração,

prevenção, acobertamento – dos riscos de tecnologias efetiva ou potencialmente empregáveis, tendo em vista horizontes de relevância a serem especificamente definidos.

À vista disso, para se assegurar uma vida saudável é necessário se satisfazer os critérios de uma existência humana digna, na qual o homem não pode viver dissociado da natureza. Por isso, o art. 225 da CF/88 deve ser lido em consonância com os seguintes artigos do Texto Maior: a) art. 1º, III, que prevê da proteção à dignidade; b) art. 3º, I, que prevê a solidariedade social; c) art. 3º, III, que estabelece como objetivos do Estado brasileiro a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais; d) art. 7º, IV, que estabelece o salário mínimo familiar.

Com efeito, a fundamentação do acórdão (ADI 3.540-MC/DF pelo Supremo Tribunal Federal – STF), no voto do Ministro relator Celso de Mello, deixa claro o sentido de preservação da integridade do meio ambiente como expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas, nos moldes do artigo 225, caput, da CF/88 e traduz uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas:

Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal, de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social.” E consta o seguinte na ementa desse aresto: “A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas.”

Assim, lê-se no RE 134.297-8/SP (DJ 22.09.95), o rel. Min. Celso de Mello: “Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, caput)”. Da mesma forma, no MS 22.164-0/SP, rel. o Min. Celso de Mello, (DJ 17/11/95, 39206): “A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Direito de terceira geração. Princípio da solidariedade. [...] os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento de direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.

À vista de tais considerações e para atender aos objetivos exigidos pelo art. 225 da CF/88, especialmente no que se refere à proteção do meio ambiente em face das atividades potencialmente poluidoras é que se propõe o princípio da prevenção a ser aplicado sempre que houver uma atividade sabida e comprovadamente causadoras de dano ambiental.

Para que seja possível uma conceituação mais precisa do princípio da prevenção faz-se necessário estabelecer uma relação entre ele e o princípio da precaução, delimitando as principais características de ambos.

Parte da doutrina entende que a distinção entre precaução e prevenção se dá pela distinção entre risco (que corresponde à precaução) e perigo (que corresponde à prevenção).

O risco pode ser definido como a possibilidade de ocorrência de uma situação de perigo. Este, por sua vez, consiste na possibilidade da ocorrência de um dano. Ou seja, o princípio da prevenção se dá em relação ao perigo concreto, enquanto que, em se tratando do princípio da precaução, a prevenção é dirigida à possibilidade do perigo abstrato.

O princípio da precaução não funciona em detrimento da ciência, pelo contrário, conduz à obrigação juridicamente sancionada de adquirir o conhecimento sobre o risco.

Constata-se, pois, que a prevenção dos danos ambientais deve ser a primeira prioridade, dado que nada é mais rentável e nada protege mais os ecossistemas e a saúde dos seres vivos.

Desta maneira, o princípio da prevenção é invocado para proibir uma atividade comprovadamente perigosa, uma vez que há informações certas e precisas sobre sua periculosidade e o perigo fornecido, que, revela situação de maior verossimilhança do potencial lesivo que aquela controlada pelo princípio da precaução. Este, por sua vez, aplica-se nas situações onde haja risco de perigo potencial, isto é, há evidências verossímeis que levam a considerar que determinada atividade seja perigosa, não sendo possível qualificar o risco nem quantificar seus efeitos devido à insuficiência ou caráter inconclusivo dos dados científicos disponíveis. (LEITE e AYALA, 2002 p 57).

Então, de um lado, conhecendo-se os riscos que certa atividade gera para o meio ambiente há a possibilidade de invocar-se o princípio da prevenção para adoção de medidas preventivas ou para sua não efetivação.

Do outro lado, não havendo certeza sobre os riscos, devem ser realizados estudos para tentar dimensioná-los, podendo ser inviabilizada a atividade nos casos de estudos inconclusivos invocando-se o princípio da precaução.

Enfim, aplica-se à espécie o princípio da prevenção segundo o qual se deve impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, pela adoção de cautelas, antes da efetiva execução de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras de recursos naturais. O referido princípio é aplicável nas hipóteses em que os riscos são conhecidos e previsíveis.

Como enfatiza José Fernando Vidal de Souza (2011, p. 395):

O princípio da prevenção, ao contrário do princípio da precaução, foi idealizado para identificar as consequências prejudiciais de certas atividades particulares. Seu objetivo não é outro senão representar uma advertência ou reprimenda para evitar que se produzam danos ambientais. Pela prevenção é possível examinar a viabilidade do empreendimento, que, por meio do conhecimento científico, poderá ser admitido mediante a correção dos riscos apontados no estudo de impacto ambiental.

Contudo, o risco ambiental é intrínseco às atividades industriais em razão da natureza do processo produtivo, das matérias primas e insumos utilizados e dos tipos de resíduos gerados, ou seja, o risco não é invenção da modernidade.

Contudo, como ressalta Ulrich Beck (2011, p. 73):

A produção de riscos e sua interpretação equivocada têm, portanto, seu primeiro fundamento numa “*miopia econômica*” da racionalidade técnica das ciências naturais. Seu olhar está dirigido às vantagens produtivas. Ele incide assim juntamente com uma *cegueira em relação aos riscos* que é sistematicamente provocada. Enquanto as possibilidades de aplicabilidade econômica são claramente previstas, desenvolvidas, testadas, e, de acordo com todas as regras da arte, esclarecidas, no caso dos riscos é sempre necessário tatear no escuro e então deixar-se surpreender e consternar profundamente com seu aparecimento “imprevisto” ou mesmo “imprevisível”.

Ademais, em geral os problemas ambientais transcendem as fronteiras, por isso, há uma democratização dos riscos, já que os problemas ambientais causados pela contaminação não ficam restritos apenas à área onde a contaminação foi gerada, há uma globalização dos riscos que não mais se restringem a fronteiras geográficas e classes sociais, podendo os danos se estender por diversas gerações.

De fato, como enfatizam Vidal de Souza e Horbatiuk Dutra (2011, p. 9), “a sociedade de risco estabelece uma imbricada e complexa relação do pensamento científico, da economia e da política com o ecossistema e as comunidades humanas”. Desta maneira, arrematam os autores, “o que afeta o meio ambiente não se limita a causar prejuízos ao sistema ecológico como um todo; repercute direta ou indiretamente na qualidade de vida humana, interferindo na saúde e segurança, influenciando em suas práticas cotidianas, atingindo aspectos essenciais à sua dignidade”.

Por isso, diante da gravidade do quadro da sociedade de risco e dos danos ambientais por ela gerados, identificar as possíveis causas do risco é o ponto de partida para a construção de alternativas que coadunem o equilíbrio ecossistêmico e o processo humano civilizatório.

Além disso, como explica Paulo Affonso Leme Machado (2012, p. 98) ao citar Michael Prieur, “o princípio da precaução é, atualmente, uma referência indispensável em todas as abordagens relativas aos riscos”.

Não obstante tais considerações, devemos ter em conta que, o princípio da prevenção, a educação e a informação ambiental são requisitos essenciais para a tomada de consciência da coletividade sobre a questão ambiental, olhar sobre outro prisma a sociedade de consumo, o que corresponde a adotar uma postura ética frente ao meio ambiental.

Com uma preocupação voltada a esta ideia, fundada numa visão da ética ambiental, Leonardo Boff (2011, p. 20) nos diz:

Há um descuido e um descaso na salvaguarda de nossa casa comum, o planeta Terra. Solos são envenenados, áreas são contaminadas, águas são poluídas, florestas são dizimadas, espécies de seres vivos são exterminadas, um manto de injustiça e de violência pesa sobre dois terços da humanidade. Um princípio de autodestruição está em ação, capaz de liquidar o sutil equilíbrio físico-químico e ecológico do planeta e devasta a biosfera, ponde assim em risco a continuidade do experimento da espécie *homo sapiens e demens*.

A questão do pensar ecológico, portanto, pressupõe a existência de uma visão criativa da ética ambiental que amplia o olhar e enfatiza com veemência que estamos diante de um direito que não pertence a uma única pessoa ou a um grupo de pessoas, mas é de todos e, portanto, transindividual.

Na mesma linha de pensamento, José Renato Nalini (2010, p. XXVI a XXVII) adverte:

A ameaça ao ambiente é questão eminentemente ética. Depende de uma alteração de conduta. A antiga filosofia sustentava que a função do conhecimento era sustentar uma ética. (...) A proteção à natureza independente de educação, riqueza ou mesmo religião. Em todos os estamentos há infratores. A lei ambiental não tem sido freio suficiente. A proliferação normativa desativa a força intimidatória do ordenamento. Outras vezes, a sanção é irrisória e vale a penas suportá-la, pois a relação custo/benefício estimula a vulneração da norma. Apenas uma nova cultura ambiental poderá coibir a reiteração de práticas lesivas, hoje disseminadas e, pior ainda, toleradas. (...) A crise não é do ambiente. A crise é de valores. É uma crise ética.

Desta forma, frente à ineficiência da implementação das normas preventivas, a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente intensificam a meta de difusão da informação, conforme apresentado de forma cristalina no artigo 225, § 1º, VI, da CF/88.

De fato, a importância da participação da sociedade nas questões ambientais foi prevista na Lei nº 6.938/81, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil e elencou dentre os seus objetivos “a divulgação de dados e informações ambientais e a formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico” (art. 4º, V).

A mesma trajetória seguiu a Resolução CONAMA 237/97 que previu em seu art. 3º que ao EIA/RIMA (Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental) dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas ...”.

Com isso, paulatinamente, o Princípio da Informação foi recebendo no Direito Ambiental uma densidade que não lhe era conferida antes.

Assim é que o art. 5º da Lei 12.527/11 passou a determinar que do Princípio da Informação decorre do dever de gerar e prestar a informação, competindo ao Estado o dever de garantir o direito de acesso à informação, que deve ser franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.

Neste sentido, por exemplo, a existência de um sistema de informações sobre as áreas contaminadas possibilita a gestão compartilhada, envolvendo os diferentes órgãos públicos, tanto da União como dos Estados e municípios. Parte-se da premissa de que qualquer atividade que atente contra o meio ambiente implica, por via oblíqua, numa agressão à própria sociedade, ainda que esta não venha a ser atingida imediatamente, mas possa implicar num risco para a saúde pública. (SOUZA, 2011, p. 388)

Portanto, o direito da informação, segundo os ensinamentos de Paulo Affonso Leme Machado são plenamente aplicáveis aos casos de áreas contaminadas.

No seu dizer, a informação ambiental “deve ser veraz, contínua, tempestiva e completa” (LEME MACHADO, 2006, p. 91), destacando ou identificando as características da tecnicidade, compreensibilidade e rapidez. Sobre a tecnicidade, leciona que a informação ambiental deve ser compreensível. “A informação necessita poder ser utilizada de imediato, sem que isso demande que os informados sejam altamente especializados no assunto”. (LEME MACHADO, 2006, p. 92.)

Para efeito da temática ora proposta é conveniente destacar que a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB) – agência do Governo do Estado de São Paulo, responsável pelo controle, fiscalização, monitoramento e licenciamento de atividades geradoras de poluição, com a preocupação fundamental de preservar e recuperar a qualidade das águas, do ar e do solo – foi o primeiro órgão de controle ambiental na América Latina a possuir um cadastro organizado de dados ambientais e disponibilizá-lo para consulta pública. Em maio de 2002 divulgou-se, pela primeira vez, o cadastro das áreas

contaminadas no Estado de São Paulo. Na ocasião eram 255 e em sua última atualização, realizada em dezembro de 2013, esse número aumentou para 4.771.

Entretanto, esses números correspondem ainda a uma pequena parcela da realidade. Estima-se, com base no histórico da industrialização, que haja alguns milhares de áreas contaminadas no Estado de São Paulo, o mais industrializado da federação brasileira.

É certo que grande parte das áreas contaminadas advém de práticas e procedimentos com substâncias perigosas onde os cuidados com a proteção ao meio ambiente eram desconhecidas ou negligenciadas e à ocorrência de acidentes ou vazamentos durante o desenvolvimento dos processos produtivos, de transporte ou de armazenamento de matérias primas e produtos.

Neste contexto, a questão da contaminação do solo e das águas subterrâneas tem sido objeto de preocupação em países industrializados, e a Região Metropolitana de São Paulo ocupa maior evidência no Brasil.

Vale destacar ainda que no planejamento urbano, a contaminação por resíduos perigosos ou uso de substâncias químicas seja em áreas industriais desativadas antigas ou em operação, tem sido um problema muitas vezes não solucionado.

Neste particular é certo, por exemplo, que durante as últimas décadas do século XX a alternativa de utilização de água subterrânea tornou-se, regra geral, a solução mais barata aos problemas de abastecimento público, industrial e até irrigação.

Desta forma, a falta de um controle em prol do seu uso e proteção – Federal, Estadual ou Municipal torna-se cada vez mais preocupante. Em todas as áreas metropolitanas do Brasil vários milhares de poços privados e não controlados são utilizados para abastecimento de hotéis de luxo, hospitais, indústrias, condomínio, postos de serviço e clubes esportivos, sendo certo afirmar que há uma ligação direta entre a contaminação do solo e a poluição das águas subterrâneas.

Sabe-se, pois, que a água subterrânea contribui com mais de 95% para toda a água doce disponível no planeta.

No entanto, a confirmação da existência de alteração na qualidade do solo e/ou água subterrânea acima dos valores de referência vigentes, obriga o responsável pela área, que não necessariamente seja o responsável por causar o impacto ambiental ou dano, a recuperar a área, como preconiza o art. 20 da Lei 13.577/09 e o Manual de Gerenciamento de Áreas Contaminadas- CETESB de 2001, ao ditar que: “o processo de recuperação de áreas contaminadas tem como objetivo principal a adoção de medidas corretivas nessas áreas que possibilitem recuperá-las para um uso compatível com as metas estabelecidas a ser atingidas após a intervenção, adotando-se dessa forma o princípio da ‘aptidão para o uso’”.

No âmbito brasileiro, a ideia da recuperação do dano, como primeira medida a ser tomada, está expressa no §2 do art. 225 da CF/88, obrigando aquele que explorar atividades de mineração a recuperar o meio ambiente degradado.

Ademais, o art 4º, VI da Lei 6.938/81 estabeleceu a “preservação e a restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida”, o que implica ao poluidor, a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, não estando estas hierarquicamente em pé de igualdade e independente de a primeira ser mais onerosa.

Como se constata, todo o arcabouço legislativo é voltado para a prevenção do dano e, se possível, para a sua reparação.

O referido princípio da prevenção é localizado, por exemplo, nos arts 4º, incisos III, IV e V e 10 da Lei nº. 6938/81; no art. 225 caput e § 1º, inciso IV da Constituição Federal e pelo princípio 17 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento e voltada para reparação, educação e repressão do dano ambiental.

É diante desse cenário que se pretende tecer algumas considerações sobre as áreas contaminadas e a aplicação de alguns instrumentos do direito ambiental, levando-se em consideração o direito fundamental de desfrutar de um meio ambiente sadio, capaz de propiciar uma vida digna, tal qual prevê o direito fundamental assegurado pelo Texto maior em seu art. 1º, inciso III.

Com tais considerações é preciso ter claro que o objeto central do presente estudo, ou seja, uma análise das áreas contaminadas ou suspeitas de contaminação exige para sua correta compreensão uma explicação sobre conceitos da denominada sociedade de risco, como se verá a seguir.

### **3. Contaminação do Solo e Sociedade de Risco**

A contaminação do solo e da água subterrânea decorrente das atividades industriais desenvolvidas, principalmente nas regiões economicamente mais ativas, só recentemente foi objeto de atenção por parte do poder público.

Cabe lembrar que os potenciais impactos decorrentes das atividades industriais não circunscrevem aos limites da propriedade.

Assim, falhas no processo produtivo, no gerenciamento dos resíduos ou no armazenamento de matérias-primas são as principais causas de contaminação, já que favorecem a percolação da contaminação, resultante de uma série de fatores, tais como a quantidade e as características físico-químicas das substâncias químicas envolvidas, a hidrogeologia, além do tempo de contato dos contaminantes com o meio.

Desta forma, as áreas contaminadas adquirem uma relevância maior quando possibilitam a exposição da população às substâncias, implicando, por consequência, a possíveis riscos à saúde humana.

Ademais, o crescimento urbano desenfreado, aliado ao desenvolvimento econômico e à dinâmica da expansão imobiliária, tem permitido a ocupação desordenada para fins residenciais ou comerciais em áreas que no pretérito foram utilizadas para disposição de resíduos ou mesmo em áreas industriais desativadas.

Com isso, áreas centrais dos grandes centros urbanos, encontram-se contaminadas e/ou abandonadas, e, muitas vezes, sua origem é desconhecida e remonta às épocas passadas, na qual os procedimentos não eram seguros para o manejo de substâncias perigosas e o desrespeito a esses procedimentos geravam a ocorrência de acidentes ou vazamentos durante o desenvolvimento dos processos produtivos, de transporte ou de armazenamento de matérias primas e produtos.

Diante de tais colocações Anthony Giddens (1991, p. 18) resume a realidade atual ao destacar que “o mundo em que vivemos hoje é um mundo carregado e perigoso. Isto tem servido para fazer mais do simplesmente enfraquecer ou nos forçar a provar a suposição de que a emergência da modernidade levaria à formação de uma ordem social mais feliz e mais segura”.

A organização social atual exige uma preocupação com os conceitos de risco e perigo.

É na passagem da sociedade industrial para uma sociedade de risco que os riscos produzidos pela própria sociedade são distribuídos, ou seja, é no processo de globalização social e econômica que começa a ocorrer, também, o que ele denominou de globalização dos riscos.

Neste sentido, Ulrich Beck (1999) apresenta três cenários para a orientação política nesse contexto: o retorno à sociedade industrial, a democratização do desenvolvimento tecnológico e a emergência de políticas diferentes, o que requer novas instituições políticas e novas deliberações sobre o risco, com envolvimento das organizações e da sociedade civil.

Como assevera o autor, a sociedade reflexiva do século XXI deve defrontar-se com o enfrentamento de cinco processos, que representam grandes desafios: globalização, individualização, desemprego e subemprego, a revolução dos gêneros e os riscos globais, resultantes tanto da crise ecológica como da turbulência dos mercados financeiros.

Por essa razão, Ulrich Beck (1999, p. 27-30) faz uma distinção entre globalismo, globalidade e globalização. Assim, no seu entender *globalismo* é “a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo, a ação política; trata-se, portanto, da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo”. *Globalidade* é o fato de que “já vivemos, há tempos, em uma sociedade mundial; significa “o conjunto das relações sociais, que não estão integradas à política do Estado nacional ou que não são determinadas (determináveis) por ela”. Por fim, *globalização* significa “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de

comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem interferência cruzada de atores transnacionais”.

Os conceitos apontados são importantes para a compreensão de suas ideias, eis que no seu entender:

O reverso da natureza é a socialização dos danos à natureza, sua transformação em ameaças sociais, econômicas e políticas sistêmicas da sociedade mundial altamente industrializada. Na globalidade da contaminação e nas cadeias mundiais de alimentos e produtos, as ameaças à vida na cultura industrial passam por *metamorfoses sociais do perigo*: regras da vida cotidiana são viradas de cabeça para baixo. Mercados colapsam. Prevalence a carência em meio à abundância. Caudais de demandas são desencadeados. Sistemas jurídicos não dão contas das situações de fato. As questões mais prementes provocam desdém. Cuidados médicos falham. Edifícios de racionalidade científica ruem. Governos tombam. Eleitores indecisos fogem. (BECK, 2011, p. 10)

A partir de tais considerações, o certo é que o fenômeno de *ações sem fronteiras* surge com os navegadores e descobertas de rotas marítimas para o estabelecimento do comércio entre o Ocidente e o Oriente e vem até os dias atuais com a divisão do mundo em blocos regionais como a União Europeia, o Nafta, o Mercosul e uma tendência gradativa de fragmentação de territórios soberanos.

Assim, a globalização pode ser marcada por três fases distintas: a) período denominado expansionismo mercantilista (1450-1850); b) período era Industrial, imperialista e colonialista (1850-1950); c) período pós-1989 aos dias recentes.

Dito isso, Ulrich Beck (2011) em sua obra *Sociedade de Risco* apresenta cinco teses para diferenciar a sociedade de risco da sociedade industrial:

1ª tese: Na sociedade de risco, os riscos e perigos diferem essencialmente daqueles da sociedade industrial e da sociedade pré-industrial: induzem a danos irreversíveis e extrapolam as fronteiras do tempo e do espaço. Os riscos de uma sociedade de risco podem atingir outras sociedades; e os riscos de uma época poderão atingir gerações futuras.

Esses riscos geralmente induzem a danos irreversíveis e permanecem invisíveis para a grande parte dos indivíduos, tendo, portanto os cientistas e peritos especializados assumem posição fundamental como intérpretes do perigo velado para a sociedade.

2ª tese: Outra tese é a de que há grupos sociais mais afetados na distribuição dos riscos, o que acarreta novos tipos de desigualdade social – as posições sociais do risco. Na lógica da distribuição dos riscos, um desastre ambiental não

respeita fronteiras. Ricos e pobres sofrem os efeitos da poluição atmosférica e da contaminação das águas. Todavia, as classes socialmente favorecidas têm melhores condições de remediar os efeitos do risco e de recuperar-se de agravos decorrentes da exposição a uma situação de risco.

3a tese: Beck (2011) considera que a difusão e a comercialização dos riscos não contradizem a lógica do desenvolvimento capitalista, mas apresentam novos estágios capitalistas, com novos ganhadores e perdedores. As incertezas provocam uma demanda insaciável por segurança e cresce o mercado de produtos do risco.

4a tese: A ciência e a tecnologia apresentam-se como as únicas formas possíveis de apresentar perspectivas aos riscos que criam. A consciência exerce um papel no conhecimento e divulgação do risco. As instituições modernas, responsáveis pelo controle dos riscos que surgem na sociedade de risco, tornam-se inoperantes.

5a tese: A característica da sociedade de risco é constituir-se como uma sociedade catastrófica, na qual o estado “de emergência” passa a ser aceito pela sociedade e pelos indivíduos enquanto um estado “normal”, a exemplo da violência urbana. A sociedade catastrófica, como possibilidade política, requer que o poder e a autoridade sejam reorganizados para dar conta das novas demandas sociais.

Tais teses devem ser lidas com as observações de Anthony Giddens (1991, p. 175):

A modernidade é inerentemente globalizante, e as consequências desestabilizadoras deste fenômeno se combinam com a circularidade de seu caráter reflexivo para formar um universo de eventos onde o risco e o acaso assumem um novo caráter. As tendências da modernidade simultaneamente extensionais e intencionais – elas vinculam os indivíduos a sistemas de grande escala como parte da dialética complexa de mudança nos pólos local e global.

Assim sendo, a questão ambiental contemporânea emerge a partir da compreensão dos limites materiais do nosso planeta, onde o uso do espaço é produto das forças sociais criadas ao longo da história, a preservação um fim e os mecanismos legais de proteção um norte.

Desta forma, a insustentabilidade dos modelos de produção vigentes, deflagrada pela incapacidade de recomposição e reequilíbrio dos recursos naturais, somada à constatação da escassez dos recursos naturais, tem exigido da sociedade, uma reflexão sobre nosso futuro comum e, impulsionam uma alteração dos padrões de comportamento da humanidade.

O dilema do século XXI se revela pela constatação de que o bem ambiental só está a ganhar relevância protetiva na medida em que se torna escasso e o perigo do dano irreversível passa a ser algo concreto.

Com efeito, assim como ocorreu na totalidade das grandes cidades industrializadas do mundo, inúmeras áreas urbanas no Brasil sofrem com os efeitos da industrialização e mais recentemente com o encerramento das atividades industriais sem que medidas ambientais protetivas sejam adotadas.

Esse quadro, no âmbito brasileiro é explicado por Luís Enrique Sanchez (2001, p. 26) da seguinte forma:

a concorrência internacional e o declínio de certos setores industriais vêm somar-se outros fatores que explicam o fechamento de inúmeras indústrias. Um desses fatores é o ambiental, na medida em que velhas indústrias poluentes são objeto de protestos da população do entorno e de regulamentos cada vez mais exigentes quanto à emissão de poluentes.

Com isso tem-se que um imenso passivo ambiental responsável por riscos à segurança, à saúde pública e aos ecossistemas responsável pela poluição do solo.

Desse contexto surge a atualidade do estudo das áreas contaminadas que, no entanto, ainda convivem com sérias falhas na forma de seu gerenciamento em todos os seus estágios, desde a sua formação, prevenção de danos, responsabilização, descontaminação, até a sua efetiva reutilização.

Portanto, a análise das áreas contaminadas e seus inúmeros pontos de vulnerabilidade deverão nortear o aprimoramento de políticas públicas e dos instrumentos legais e, para tanto é importante uma compreensão dos conceitos fundamentais da temática, como se verá a seguir.

#### **4. As Áreas Contaminadas**

A lei de Política Nacional do Meio Ambiente destaca em seu art. 2º, caput, que “tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana” e, para tanto, considera que a saúde e o bem-estar da população, a fauna, a flora, a qualidade do solo, das águas e do ar, a proteção da natureza e da paisagem, a ordenação territorial e o planejamento regional e urbano e a segurança e a ordem pública são bens que devem ser protegidos.

É dentro deste contexto que vamos encontrar o tema das áreas contaminadas.

Por primeiro é importante destacar que no âmbito nacional a temática é tratada pela Resolução 420 do CONAMA, de 28 de dezembro de 2009. A referida resolução dispõe

sobre critérios e valores orientadores de qualidade do solo quanto à presença de substâncias químicas e estabelece diretrizes para o gerenciamento ambiental de áreas contaminadas por essas substâncias em decorrência de atividades antrópicas.

Na esfera estadual, atualmente, somente três Estados da federação possuem normatizações sobre as áreas contaminadas: São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro.

No Estado de Minas Gerais os documentos que tratam do tema são os seguintes:

- a) Deliberação Normativa Copam nº 116/2008 - Dispõe sobre a declaração de informações relativas à identificação de áreas suspeitas de contaminação e contaminadas por substâncias químicas no Estado de Minas Gerais;
- b) Deliberação Normativa Copam nº 2/2010 - Institui o Programa Estadual de Gestão de Áreas Contaminadas, que estabelece as diretrizes e procedimentos para a proteção da qualidade do solo e gerenciamento ambiental de áreas contaminadas por substâncias químicas.

No Estado do Rio de Janeiro a questão é disciplinada pela Resolução do CONEMA nº 44/2012, que dispõe sobre a obrigatoriedade da identificação de eventual contaminação ambiental do solo e das águas subterrâneas por agentes químicos, no processo de licenciamento ambiental estadual.

Em São Paulo tem-se o maior arcabouço jurídico a disciplinar a matéria, a saber:

- a) Decisão CG nº 167/2005 (Corregedoria Geral da Justiça) - Estabelece que a CETESB providencie que a contaminação das respectivas áreas seja averbada à margem do competente registro imobiliário;
- b) Decisão de Diretoria nº 105-205-E (CETESB) - Dispõe sobre a aprovação dos Valores Orientadores para Solos e Águas Subterrâneas no Estado de São Paulo – 2005, em substituição aos Valores Orientadores de 2001, e dá outras providências;
- c) Decisão de Diretoria nº 103/2007/C/E (CETESB) - Dispõe sobre o procedimento para gerenciamento de áreas contaminadas;
- d) Lei nº 13.577/2009 - Dispõe sobre diretrizes e procedimentos para a proteção da qualidade do solo e gerenciamento de áreas contaminadas, e dá outras providências correlatas;
- e) Decreto nº 59.263/2013 - Regulamenta a Lei nº 13.577, de 8 de julho de 2009, que dispõe sobre diretrizes e procedimentos para a proteção da qualidade do solo e gerenciamento de áreas contaminadas, e dá providências correlatas.

Considerando que o Estado de São Paulo possui uma lei e um decreto regulamentando a temática daremos ênfase à análise dessa legislação.

Desta forma, por primeiro o art. 3, II da lei nº 13.577/2009 define áreas contaminadas da seguinte forma: “área, terreno, local, instalação, edificação ou benfeitoria que contenha quantidades ou concentrações de matéria em condições que causem ou possam causar danos à saúde humana, ao meio ambiente ou a outro bem a proteger”.

Sob uma ótica mais ampla, a área contaminada também pode ser caracterizada como uma área cujas concentrações de compostos químicos, que causem ou possam causar danos à saúde humana, ao meio ambiente ou a outro bem a proteger estejam acima dos valores de referência permitidos.

A contaminação pode atingir diversos espaços, desde o solo até as águas subterrâneas ou, ainda, se concentrar nas paredes, pisos ou nas estruturas de construções.

Sabe-se que os contaminantes são transportados e se propagam de várias maneiras, pelo ar e pelo solo, atingindo as águas superficiais e subterrâneas, por meio da lixiviação, alterando suas características de qualidade, causando impactos e/ou riscos de absorção e adsorção dos mesmos pelas raízes de plantas, verduras e legumes, bem como o escoamento superficial para a água superficial, a inalação de vapores ou o contato, o contato da epiderme com o solo ou a ingestão de tais produtos podem causar sérios problemas para a saúde dos seres humanos e animais.

No entanto, para identificação e caracterização desses danos, é necessária a realização de uma avaliação cujo objetivo é apresentar os aspectos ambientais significativos da área, incluindo as propriedades vizinhas e o referido potencial de impactos ambientais sobre a propriedade em questão, considerando, principalmente, aspectos de contaminação de solo e águas subterrâneas.

No Estado de São Paulo, o período desenvolvimentista industrial tem início no fim do século XIX, sendo a maioria das indústrias passaram a se fixar em espaços amplos e planos, com proximidade da água e de meios de transporte. O objetivo não era outro senão o de se livrar dos efluentes ainda não sujeitos a um controle ambiental efetivo e escoar mais facilmente a produção com pouco valor agregado.

Esse modelo perdura por quase todo o século XX, mas a partir da década de 1980, percebe-se um declínio do número de áreas industriais na Região Metropolitana de São Paulo, gerando o surgimento de imóveis desocupados, cujo uso pretérito causou dano no solo e na água subterrânea. Neste sentido, Luís Enrique Sanchez (2001, p. 32) ressalta que, em 1996, a CETESB apontava “3800 estabelecimentos industriais desativados na Região Metropolitana de São Paulo”.

Assim, os passivos ambientais decorrentes de um modelo de produção historicamente alienado das práticas de preservação ambiental, materializado por posturas negligentes e aliado ao dinamismo urbano, foi o responsável por situações de risco, como a implantação de condomínios residenciais, shopping centers e favelas em áreas contaminadas.

Ademais, como explica Ana Sofia de Barros (2012, p. 125):

A expansão de multinacionais e do investimento direto estrangeiro, facilitada pela desregulação do comércio mundial nas últimas décadas, nem sempre tem sido acompanhada pela consciencialização do papel social da empresa e da responsabilidade que o mesmo acarreta. Em boa verdade, não constituem, e todo, exceção à regra, os exemplos de investimento estrangeiro em que, para lá do lucro, pouco importam quaisquer considerações a nível ambiental ou de saúde humana.

Portanto, o desafio atual é o de gerenciar as áreas contaminadas, mediante a sua localização e comprovação da existência de contaminação, com a implantação de sistemas de remediação e estabelecimento da responsabilidade e custos aos poluidores.

Conforme já destacado a existência de áreas contaminadas é um legado da industrialização, resultado da ineficácia da política pública ambiental brasileira, da inexistência de instrumentos voltados para o controle efetivo da atividade industrial. O referido controle no âmbito do Estado de São Paulo somente tem início no final da década de 1970 com a promulgação da Lei estadual 997/76 e do Decreto regulamentador 8.468/76, que passou a dispor sobre o controle da poluição do meio ambiente.

O mencionado controle passou a ser exercido pela CETESB, criada em 24 de julho de 1968, pelo **Decreto nº 50.079**, com a denominação inicial de Centro Tecnológico de Saneamento Básico.

Posteriormente, no âmbito nacional o licenciamento ambiental das atividades com potencial de contaminação tem início com a publicação da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA (Lei 6.938/81) seguidos das Resoluções CONAMA nº 001/86 e nº 237/97.

Contudo, o município de São Paulo é pioneiro na gestão das áreas contaminadas e vem promovendo a construção de um arcabouço legal específico para tratar da questão desde 1999.

De fato, verificamos que a partir de 2002, a questão começa a ser incorporada nos instrumentos legais do Município de São Paulo. Depois, o Plano Diretor da cidade (Lei nº 13.430/2002) estabelece dentre seus objetivos “o controle e a redução dos níveis de poluição e de degradação, controle da poluição da água, do ar e da contaminação do solo e subsolo”.

Em seguida é promulgado o Decreto Municipal nº 42.319/2002, com as diretrizes para o gerenciamento de áreas contaminadas, e, no ano seguinte, é promulgada a Lei 13.564/2003 que trata dos procedimentos necessários para a aprovação de intervenções (construções, reformas, desdobros, desmembramentos, dentre outros) em terrenos

contaminados ou suspeitos de contaminação. Essa Lei também traz a possibilidade do controle do uso das denominadas “áreas com potencial de contaminação”.

Em 2002, com a criação de legislação específica e instituição da área técnica na Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente, o Município de São Paulo passa a atuar na gestão de áreas contaminadas.

E meados de 2003 teve início a inclusão de informações sobre áreas contaminadas no Sistema Municipal de Informação Integrado Municipal, sistematizado no Boletim de Dados Técnicos - BDT, documento que contém uma série de informações sobre os lotes, utilizado pela gestão municipal nos procedimentos para aprovação dos alvarás solicitados.

A Lei 13.885/2004, que complementou o Plano Diretor de 2002, instituiu os Planos Regionais Estratégicos e tratou do ordenamento do Uso e Ocupação do Solo no Município, reforçando o poder municipal na gestão de áreas com passivos ambientais, determinado que as áreas contaminadas só possam ser utilizadas após avaliação ambiental e análise de risco a saúde humana.

No entanto, uma questão controversa entre os próprios órgãos municipais, principalmente entre aqueles responsáveis pelo controle do uso e ocupação do solo e aqueles responsáveis pelo controle ambiental, é que, a referida lei em seu artigo 201, determina quais atividades devem passar pela investigação ambiental, excluindo outras que também possuem potencial de contaminação, e, portanto, também representam risco a sociedade.

No âmbito estadual, a Secretarias do Estado do Meio Ambiente aliada à CETESB contaram com apoio técnico e financeiro do governo da Alemanha, por meio de sua Agência de Cooperação Técnica – GTZ (*Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit- GmbH*) e o resultado desta cooperação foi a produção do Manual de Gerenciamento de Áreas Contaminadas - 2001. O referido manual estabelece procedimentos de gerenciamento e viabiliza a efetiva atuação e encaminhamento de soluções.

Além disso, a CETESB é responsável também pela publicação do Relatório de Estabelecimento de Valores Orientadores para Solo e Água Subterrânea, o qual apresenta valores de referência de qualidade, alerta e intervenção para solo e água subterrânea.

Na sequência, em maio de 2002, a CETESB divulgou um cadastro de dados ambientais das áreas contaminadas no Estado de São Paulo disponível para consulta pública. Na ocasião eram 255 áreas contaminadas no Estado de São Paulo e, logo depois, em 2003 foi lançado o Guia para Avaliação de Potencial de Contaminação em Imóveis.

Além dos instrumentos legais, foi criado em 2002 (Portaria 97/SMMA-G/2002) o Grupo Técnico Permanente de Áreas Contaminadas - GTAC, com competência para promover a gestão de áreas contaminadas no território do Município de São Paulo.

A Decisão CG n. 167/2005 - Capital, da Corregedoria Geral da Justiça – Decisão com caráter normativo publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo em

12.06.2006 – determinou que a CETESB devesse providenciar que a contaminação das respectivas áreas fosse averbada à margem do competente registro imobiliário.

Em julho de 2009 é sancionada pelo Governo do Estado de São Paulo a Lei nº 13.577/09, que dispõe sobre diretrizes e procedimentos para a proteção da qualidade do solo e gerenciamento de áreas contaminadas. Entre outros a lei dá providências em relação à definição de responsabilidades e os mecanismos de controle das áreas contaminadas, visando garantir o uso sustentável do solo, protegendo-o de contaminações e prevenindo alterações nas suas características e funções.

Desta forma a CETESB passou a ter um instrumento de gestão mais efetivo, com a definição de responsabilidades e clareza dos critérios para se identificar áreas com potencial de contaminação e a partir daí todas as etapas técnicas em busca da existência do nexo de causalidade e do dano ambiental.

Entretanto, a referida norma não tem a pretensão de ser um instrumento apto a prevenir o surgimento de novas áreas contaminadas, sua função é estritamente corretiva, restringindo-se apenas em melhorar o gerenciamento dessas áreas.

Logo depois, em dezembro de 2009, a Resolução CONAMA nº 420 passou a disciplinar o mesmo tema no âmbito nacional, indicando as diretrizes e critérios orientadores a serem executados de forma padronizada pelos Estados Federativos.

Por fim, em junho de 2013 foi promulgado o Decreto 59.263, regulamentando a Lei 13.577/09, estabelecendo os parâmetros necessários para que o Estado fiscalize e acompanhe estas áreas, para que as empresas de consultoria ambiental desenvolvam projetos tecnicamente adequados, bem como para que os responsáveis por elas se responsabilizem pela execução do processo de identificação, investigação, avaliação de risco e estabelecimento de medidas de intervenção, que quando aplicadas auxiliarão no processo de reabilitação destas áreas.

Do referido decreto 59.263/2013 merecem destaque os seguintes dispositivos:

- a) Art. 3º - que traz 38 definições em seus incisos, dentre elas aquelas relativas a Área Contaminada inciso II, Área Contaminada Crítica inciso III, Área Contaminada sob Investigação (ACI), inciso IV; Área Contaminada em Processo de Remediação (ACRe), inciso V; Área Contaminada em Processo de Reutilização (ACRu), inciso VI, Área Contaminada com Risco Confirmado (ACRi), inciso VII; Área com Potencial de Contaminação (AP), inciso VIII, Área em Processo de Monitoramento para Encerramento (AME), inciso IX, Área Reabilitada para o Uso Declarado (AR), inciso X, Área com suspeita de contaminação (AS), inciso XI;
- b) Art. 11 - que determina que “Qualquer pessoa física ou jurídica que, por ação ou omissão, possa contaminar o solo deve adotar as providências necessárias

- para que não ocorram alterações adversas e prejudiciais às funções do solo”, o que equivale dizer que proprietário, o possuidor, o locatário ou ocupante das áreas ser responsabilizados pela contaminação, pois se trata de obrigação *propter rem*, ou seja, aquela acompanha a propriedade ou a posse do imóvel;
- c) Art. 17 - Do responsável pela área com fontes potenciais de contaminação do solo e das águas subterrâneas, a CETESB poderá exigir a manutenção de programa de monitoramento da área e de seu entorno;
  - d) Art. 22- Em todas as áreas Identificadas como Áreas com Potencial de Contaminação (AP), os responsáveis legais deverão ser demandados a realizar Avaliação Preliminar para efeito de identificação de indícios ou suspeitas de contaminação;
  - e) Art. 23 - O responsável legal, ao detectar indícios ou suspeitas de contaminação do sítio deve imediatamente comunicar tal fato à CETESB e ao órgão competente de saúde e realizar a Investigação Confirmatória, sendo que esta sempre deve ser precedida da Avaliação Preliminar;
  - f) Art. 27 - A realização de Avaliação Preliminar e Investigação Confirmatória independe de solicitação ou exigência da CETESB;
  - g) Art. 30 – Determina a criação do fundo de investimento, denominado Fundo Estadual para Prevenção e Remediação de Áreas Contaminadas - FEPRAC, vinculado à Secretaria do Meio Ambiente e destinado à proteção do solo contra alterações prejudiciais às suas funções, bem como à identificação e à remediação de áreas contaminadas;
  - h) Art. 45 - Estabelece que o responsável legal pela área contaminada deverá apresentar uma das garantias previstas nos incisos IX e X do artigo 4º da Lei nº 13.577, de 8 de julho de 2009, a fim de assegurar que o Plano de Intervenção aprovado seja implantado em sua totalidade e nos prazos estabelecidos, no valor mínimo de 125% (cento e vinte e cinco por cento) do custo estimado no respectivo plano.
  - i) Art.56 - Dita que os responsáveis legais por empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental e potenciais geradores de contaminação, a serem total ou parcialmente desativados ou desocupados, deverão comunicar a suspensão ou o encerramento das atividades no local à CETESB;
  - j) Art. 62 - Para efeito de edificação em Áreas com Potencial de Contaminação (AP) exige-se avaliação da situação ambiental da área a ser submetida ao órgão municipal competente, podendo para tanto ser consultada a CETESB;

- k) Art. 97 - O licenciamento de empreendimentos nas áreas que anteriormente abrigaram atividades com potencial de contaminação, ou suspeitas de contaminação devem ser precedidos de estudo de passivo ambiental, submetido previamente ao órgão ambiental competente.

Diante da leitura de tais dispositivos tem-se que as ações técnicas quando adequadamente desenvolvidas, observando as premissas estabelecidas pela CETESB e alinhadas com a legislação de áreas contaminadas, servirão como base para ocupação segura, considerando riscos aceitáveis tanto por trabalhadores como por moradores destas áreas.

O Estado de São Paulo conta, atualmente, com 4.771 áreas contaminadas, segundo o último levantamento da CETESB, publicado em Dezembro de 2013. Desse total, 3.597 são áreas de postos de gasolina, 232 têm origem em atividades comerciais e 768 decorrentes de processos industriais. Além disso, 136 áreas foram causadas por disposição de resíduos e 38 decorrentes de acidentes, de autoria desconhecida ou agricultura. Dessas áreas, 264 são consideradas reabilitadas, conforme apresentado nos gráfico abaixo.



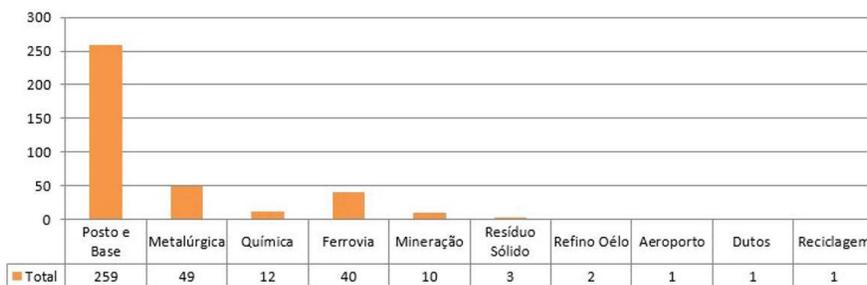
Fonte: CETESB, 2013.

Constata-se que 75% do número total de áreas contaminadas no Estado de São Paulo é atribuída aos postos de gasolina, o que exige, segundo a Decisão de Diretoria nº 263/2009/C/E da CETESB, a realização da investigação confirmatória com o objetivo de verificar a situação ambiental do empreendimento a ser licenciado, bem como a realização da troca dos tanques de armazenamento de combustível com mais de quinze anos de operação.

Em comparação com os outros Estados da federação tem-se o seguinte:

- a) Em Minas Gerais, 369 existem áreas contaminadas com dados apresentados pela FEAM (Fundação Estadual do Meio Ambiente) em 2014, sendo que dessas áreas, 259 são referentes a postos de combustíveis; 49 relacionadas com Metalurgia; 40 na área de ferrovia; 12 referentes às indústrias químicas; 10 no setor de mineração; 3 relativas a resíduos sólidos; 2 ligadas ao refino de óleo e 3 nas áreas de aeroporto, dutos e reciclagem, conforme explicita o quadro abaixo:

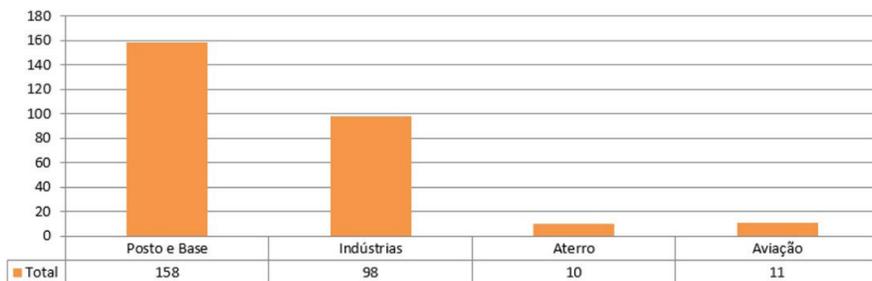
### Áreas Contaminadas Minas Gerais - 2014



Fonte: FEAM, 2014.

- b) No Rio de Janeiro, existem 277 áreas contaminadas cadastradas, com dados apresentados pelo INEA (Instituto Estadual do Ambiente), em 2014, sendo que dessas áreas, 158 são referentes a postos de combustíveis; 98 referente a áreas industriais; 10 relacionadas com aterros e 11 com o ramo da aviação, consoante se verifica no quadro abaixo.

### Áreas Contaminadas Rio de Janeiro- 2014



Fonte: INEA, 2014.

Entretanto, esses números correspondem ainda a uma ínfima parcela da realidade. Estima-se, com base no histórico da industrialização, que haja aproximadamente 36.000 áreas com potencial de contaminação somente no Estado de São Paulo, das quais, poucas

passaram pelas investigações ambientais ora apresentadas e, por ser assim, continuam a colocar em risco a sua saúde da população e os sistemas naturais.

Por fim, são necessárias algumas palavras sobre a recuperação das áreas contaminadas. De plano é conveniente deixar claro que o direito a propriedade no Brasil não é absoluto e deve atender ao seu papel social, nos moldes do art. 5º, inciso XXIII da CF/88. Além disso, o art. 1.228, § 1º do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) determina que o direito de propriedade deve exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservadas a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Desta forma, o processo de identificação de uma área contaminada envolve etapas de identificação, diagnóstico e intervenção, sendo que cada etapa segue uma norma específica. Assim uma área suspeita deve ser submetida à realização de uma Avaliação Preliminar. Este estudo pesquisará o histórico de ocupação e das atividades ali desenvolvidas, nos moldes da ABNT NBR 15515-1. Com esse estudo elabora-se um Modelo Conceitual indicando aspectos ambientais relevantes da área em estudo, tal como dita a ABNT NBR 16210 - Modelo conceitual no gerenciamento de áreas contaminadas – Procedimento. Ainda dentro do processo de identificação, o resultado do modelo conceitual indica se há ou não a necessidade de realizar uma Investigação Confirmatória - ABNT NBR 15.515-2. Com o resultado dessa segunda etapa, onde são realizadas sondagens, coleta de amostras de solo e água subterrânea, análises químicas e interpretação dos dados é possível determinar se existem ou não passivos ambientais na área.

Confirmada a existência de passivo ambiental, ou seja, comprovada a alteração na qualidade do solo e/ou água subterrânea, faz-se necessária a realização da Investigação Detalhada, cujo objetivo é obter uma avaliação hidrogeológica e hidroquímica detalhada, com a determinação de concentrações dos compostos químicos em diferentes profundidades, visando conhecer a distribuição vertical dos compostos de interesse, possibilitando a delimitação de plumas de isoconcentrações para os compostos de relevância ambiental nas águas subterrâneas, de acordo com a norma ABNT NBR 15.515-3.

A fase da avaliação de risco à saúde humana é o passo seguinte. Essa etapa é utilizada para estimar o risco à saúde humana causada pela exposição a uma determinada substância ou grupo de substâncias presentes no meio físico (solo, sedimento, água subterrânea, água superficial e ar) e para estabelecer metas que orientem as medidas de intervenção. O processo de avaliação de risco segue as diretrizes estabelecidas na ABNT NBR 16209 - Avaliação de risco a saúde humana para fins de gerenciamento de áreas contaminadas.

Por fim, com a avaliação do risco, tem-se a possibilidade de remediar a contaminação e, para tanto se examina as intervenções necessárias para cada local, visando atingir níveis aceitáveis.

Existem diversas técnicas de remediação no mercado, sendo possível utilizar uma ou várias delas associadas, destacando as mais usuais: sistema de extração de vapores; sistema *Air Sparging*; processos oxidativos avançados (POA); sistema de extração multifásica (MPE); atenuação natural monitorada; barreiras reativas, barreiras hidráulicas; sistema bombeamento (*pump and treat*); biorremediação.

Desta forma, a remediação é pautada pelo conhecimento do meio físico (solo, ar ou água), pelo conhecimento do contaminante (móvel, solúvel, tóxico, explosivo) e pelo conhecimento das demandas (ambientais, saúde pública, legais, sociais, corporativas). Com isso seleciona-se o processo de remediação, que pode envolver o emprego de tecnologia consagrada ou piloto, um conjunto de tratamentos, a operação e manutenção do sistema e o custo para a aquisição do sistema escolhido, sendo que tudo deve ser pautado pela confiabilidade operacional, custos e o tempo para remediar uma área, com o emprego da tecnologia, que poderá envolver o tratamento do contaminante no próprio solo, sem a sua movimentação (*in situ*), ou a remoção do solo contaminado (*ex situ*), ou, ainda, com a remoção do material contaminado, mas com o tratamento em estações instaladas no local (*ex situ, on site*).

## 5. Conclusões

Ao longo do presente texto pudemos constatar que a ineficácia da implementação dos instrumentos de precaução e prevenção, tem gerado o aumento dos riscos e dos perigos industriais, requerendo assim a utilização corriqueira do sistema de reparação.

Para maior eficácia das ações do poder público nesta área é preciso inserir o tema na agenda política dos Estados e integrá-lo com as políticas públicas, pois a questão da análise das áreas contaminadas exige uma leitura sistêmica para sua solução, sendo que a avaliação ambiental deve ser considerada desde o início do processo da aprovação de empreendimentos ou intervenções no solo e não ao final, como historicamente ocorre.

Tem-se que o arcabouço legislativo ambiental brasileiro é avançado, eis que consagra diversos instrumentos preventivos. Entretanto, o poder público não tem sido eficaz na sua aplicação e, em grande parte das vezes ainda se apresenta como omissor na implementação dos instrumentos administrativos, o que gera um aumento desenfreado dos danos ambientais.

Vê-se, assim, que no âmbito do Direito Ambiental, a resposta jurídica para um determinado problema, na maioria das vezes, só surge quando este se apresenta, pois pouco ou quase nenhuma é a atuação no âmbito da prevenção e da precaução.

Urge, pois, que um dos princípios basilares do direito ambiental, o Princípio da Prevenção, passe a ser aplicado com maior intensidade para se estabelecer um novo paradigma,

no qual uma política pública de prevenção pudesse nortear a implantação dos novos empreendimentos de modo respeitar padrões de qualidade do solo para evitar novos sítios de contaminação.

De fato, apesar das restrições de ordem legal, a histórica permissividade dos administradores brasileiros, aliada à tolerância aos diversos usos e explorações do solo traduz-se hoje em impactos ambientais de variadas ordens, provenientes da sociedade de risco que, por vezes ainda, representam risco à saúde humana.

Desta maneira tem-se que as áreas contaminadas representam risco à saúde pública e ao ambiente. São provenientes da sociedade contemporânea, também chamada de sociedade de risco e surgiram em decorrência da forma como o conhecimento técnico-científico foi aplicado no processo produtivo.

Essa questão tem desafiado o poder público e a própria sociedade na busca por soluções e medidas mitigadoras que garantam a utilização segura de áreas impactadas.

No entanto, é de extrema importância entender que a recuperação e revitalização de áreas contaminadas não devem ser consideradas somente do ponto de vista urbanístico e de controle de fontes de poluição, mas principalmente como uma questão de saúde pública, eis que se encontram intrinsecamente envolvidos uma série de fatores, dentre os quais os aspectos legais, econômicos e sociais.

Os altos custos envolvidos nas investigações e nas medidas de remediação para reutilização de uma área impactada, bem como o tempo para reabilitação, explica, em parte, a resistência da iniciativa privada em atender a legislação. A isso se une a omissão do Poder Público na fiscalização e cumprimento da responsabilização dos poluidores.

Porém, se faz urgente que ocorram mudanças no campo do conhecimento, do comportamento das instituições, da atuação do poder público e no comportamento individual de cada cidadão em relação à temática apresentada.

Essa transformação deve partir da ética ambiental e estar associada à educação, cultura e a reformulação do conceito de progresso, com a introdução e difusão dos preceitos de desenvolvimento sustentável, que reconheça que a Terra ainda é o nosso único lar. Com ele busca-se quebrar a dicotomia entre desenvolvimento e conservação, a qual permitiu que os setores mais retrógrados da sociedade se apresentassem como os promotores do crescimento, gerador de emprego e renda, em contrapartida aos conservacionistas, por eles caracterizados como obstáculo a esse anseio social.

Entretanto, o conceito de desenvolvimento sustentável não pode ser visto como um alibi ou um mito que atende os interesses econômicos, sob o argumento falacioso do crescimento, que desfigura o planeta e o contamina com dejetos de atividades criminosas, mantidas por políticas tendenciosas.

Deve existir clareza da humanidade de que há um limite para o crescimento e que envolve a relação entre resistência ambiental e potencial biótico. Esta é a possibilidade que a população encontra de sobrevivência em um ambiente propício, enquanto aquela é o fator que impede que as populações cresçam conforme o seu potencial biótico, ou seja, fatores limitadores do crescimento, tais como espaço, clima, alimento, competição, parasitismo e predação.

Assim, não são as necessidades legítimas que norteiam o desenvolvimento atual e que pressionam pela destruição dos ecossistemas remanescentes, mas sim os segmentos de políticas públicas idealizadas para atender determinados setores da economia.

Nesse sentido, é preciso desenvolver um programa para gerenciamento das áreas contaminadas no Brasil e não apenas em alguns estados da federação, com critérios metodológicos para identificação, gestão e remediação dessas áreas.

De fato, embora a Resolução 420 do CONAMA tenha determinado em seu art. 8 (com redação dada pela Resolução 460 do CONAMA) que os Estados e o Distrito Federal deveriam estabelecer os Valores Orientadores de Referência de Qualidade (VRQs) até dezembro de 2014, decorrido o prazo verifica-se que somente o Estado de São Paulo possui uma legislação específica sobre o tema e, os Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro cumpriram as determinações e publicaram cadastros das áreas contaminadas.

Tudo nos leva a concluir que o tema ainda não entrou na agenda política brasileira, sendo que a complexidade envolvida e que permeia o dano ambiental ultrapassa um olhar jurídico e meramente dogmático, exigindo-se um olhar multidisciplinar imprescindível para correta aplicação dos princípios da prevenção e da precaução, superando o modelo reativo de inação frente aos passivos ambientais, para um modelo proativo, no qual acha uma antecipação para se evitar uma situação de risco, surgindo um novo modelo para além do vigente na sociedade de risco.

## 6. Referências

- BARROS, Ana Sofia. **Multinacionais e a Deslocalização de Indústrias Perigosas: ensaio sobre a proteção dos direitos humanos perante o dano ambiental**. Lisboa: Coimbra Editorial, 2012.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2ª edição. São Paulo: Editora 34, 2011.
- \_\_\_\_\_. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo – Respostas à Globalização**. São Paulo: Terra e Paz, 1999.
- BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra**. Petrópolis: Vozes, 2011.

- BRASIL. RD nº 023/00/C/E, de 15.06.2000 – **Implantação de procedimentos para o gerenciamento de áreas contaminadas** **Decisão CG N. 167/2005 – 12/06/2006** - Capital, da Corregedoria Geral da Justiça. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_urbanismo\\_e\\_meio\\_ambiente/legislacao/leg\\_estadual/leg\\_est\\_decisoes/%C3%A1reas%20contaminadas%20-%20averba%C3%A7%C3%A3o%20no%20RI.doc](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/legislacao/leg_estadual/leg_est_decisoes/%C3%A1reas%20contaminadas%20-%20averba%C3%A7%C3%A3o%20no%20RI.doc) . Acesso em 25.abr.2015.
- \_\_\_\_\_. **Código Civil** (lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm) Acesso em 28.abr.2015.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 28.abr.2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 6.938** de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm). Acesso em: 25.abr.2015.
- \_\_\_\_\_. Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em 28.abr.2015.
- \_\_\_\_\_. **Resolução CONAMA nº 001** de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre as definições, responsabilidades, critérios básicos e diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em:15.abr.2015.
- \_\_\_\_\_. **Resolução CONAMA nº 237** de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a definição de licenciamento ambiental, licença ambiental, estudos ambientais e impacto ambiental regional e revoga dispositivos da Resolução CONAMA 001 de/1986. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html> Acesso 25.abr.2015.
- \_\_\_\_\_. **Resolução CONAMA nº 420** de 28 de outubro de 2009. Dispõe sobre critérios e valores orientadores de qualidade do solo quanto à presença de substâncias químicas e estabelece diretrizes para o gerenciamento ambiental de áreas contaminadas por essas substâncias em decorrência de atividades antrópicas. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=620>. Acesso em 25.abr.2015.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1 - Distrito Federal (ADI 3.540 – MC/DF)**. Relator: Ministro Celso de Melo. Julgado em 01 de setembro de 2005. Diário de Justiça, Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540ementa.pdf>. Acesso em: 28.01.2015.

CETESB. **Manual de Gerenciamento de Áreas Contaminadas**. São Paulo: CETESB/GTZ, 2001. Disponível em: <http://www.CETESB.sp.gov.br/areas-contaminadas/manual-de-gerenciamento-de-ACs/7->. Acesso em 28.04.2015.

\_\_\_\_\_. **Cadastro de áreas contaminadas**. 2006. Disponível em: <http://www.CETESB.sp.gov.br/areas-contaminadas/rela%E7%F5es-de-%E1%A1reas-contaminadas/4-rac>. Acesso em 28.abr.2015.

\_\_\_\_\_. **Decisão de Diretoria Nº 103/2007/C/E** de 22 de junho de 2007. Dispõe sobre o procedimento para gerenciamento de áreas contaminadas. Acesso em 15.mai.2015. Disponível em: [http://www.cetesb.sp.gov.br/Solo/areas\\_contaminadas/proced\\_gerenciamento\\_ac.pdf](http://www.cetesb.sp.gov.br/Solo/areas_contaminadas/proced_gerenciamento_ac.pdf). Acesso em 25.abr.2015.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Lei nº 13.577** de 8 de julho de 2009. Dispõe sobre diretrizes e procedimentos para a proteção da qualidade do solo e gerenciamento de áreas contaminadas, e dá outras providências correlatas. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/lei-13577-08.07.2009.html>. Acesso em 25.abr.2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto Nº 54.544** de 08 de julho de 2009. Regulamenta o inciso XIII do artigo 4º e o inciso VIII do artigo 31 da Lei nº 13.577. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2009/decreto-54544-08.07.2009.html>. Acesso em 28.abr.2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto Nº 59.263, de 5 de Junho de 2013**. Regulamenta a Lei nº 13.577, de 8 de julho de 2009, que dispõe sobre diretrizes e procedimentos para a proteção da qualidade do solo e gerenciamento de áreas contaminadas, e dá providências correlatas. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2013/decreto-59263-05.06.2013.html>. Acesso em 25.abr.2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 997** de 31 de maio de 1976. Dispõe sobre o controle de poluição ambiental. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1976/lei-997-31.05.1976.html>. Acesso em 25.abr.2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto Nº 8.468** de 08 de setembro de 1976. Aprova o Regulamento da Lei n. 997, de 31 de maio de 1976, que dispõe sobre a Prevenção e o Controle da Poluição do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1976/decreto-8468-08.09.1976.html>. Acesso em 25.abr.2015.

GUIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito ambiental Brasileiro**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito à Informação ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. **LEI Nº 13.430** de 13 de setembro de 2002. Dispõe sobre o plano diretor estratégico. Disponível em: [http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/b9e06\\_Lei\\_N\\_13.430-02\\_PDE.pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/b9e06_Lei_N_13.430-02_PDE.pdf). Acesso em: 25.abr.2015.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 13.564**, de 24 de abril de 2003. Dispõe sobre a aprovação de parcelamento de solo, edificação ou instalação de equipamentos em terrenos contaminados ou suspeitos de contaminação por materiais nocivos ao meio ambiente e à saúde pública. Disponível e: [http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/habitacao/plantas\\_on\\_line/legislacao/index.php?p=7848](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/habitacao/plantas_on_line/legislacao/index.php?p=7848) Acesso em 25.abr.2015.

\_\_\_\_\_. **DECRETO Nº 42.319** de 30 de janeiro de 2002. Dispõe sobre diretrizes e procedimentos relativos ao gerenciamento de áreas contaminadas no Município de São Paulo. Disponível em: [http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/habitacao/plantas\\_on\\_line/legislacao/index.php?p=12685](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/habitacao/plantas_on_line/legislacao/index.php?p=12685) Acesso em 28.abr.2015.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 13.885**, de 25 de agosto de 2004. Dispõe sobre o parcelamento, disciplina e ordena o uso e ocupação do solo do município de São Paulo e estabelece normas complementares ao plano diretor estratégico, institui os planos regionais estratégicos das subprefeituras. Disponível em: [http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/1da2a\\_Lei\\_N\\_13.885-04\\_Estabelece\\_normas\\_ao\\_PDE.pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/1da2a_Lei_N_13.885-04_Estabelece_normas_ao_PDE.pdf) Acesso em 28.abr.2015.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. Campinas: Millennium, 2010.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em 21.mar.2015.

SÁNCHEZ, Luiz Enrique. **Desengenharia: O Passivo Ambiental da Desativação de Empreendimentos Industriais**. São Paulo: EDUSP, 2001.

SOUZA, José Fernando Vidal de. **Água: Fator de desenvolvimento e limitador de empreendimento**. São Paulo: Modelo, 2011.

SOUZA, J. F. V.; DUTRA, Tonia Andrea Horbatiuk. **Alteridade e Ecocidadania: uma ética a partir do limite na interface entre Bauman e Lévinas**. Cadernos de Direito (UNIMEP), v. 11, p. 07-22, 2011.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E ACESSO À ÁGUA POTÁVEL

---

DEILTON RIBEIRO BRASIL

Pós-Doutorando pelo CENoR da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos pela FDUC. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro - RJ. Mestre em Direito pela Faculdade Milton Campos - MG. Professor do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves (IPTAN) e da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1342540205762285>. E-mail: [deilton.ribeiro@terra.com.br](mailto:deilton.ribeiro@terra.com.br)

## Resumo

O presente artigo pretende analisar o acesso à água potável como direito fundamental, dentro do contexto do princípio da dignidade humana na construção de um Estado de Direito Ambiental. Reconhecer o acesso à água potável como direito fundamental consiste em atribuir ao Estado o dever de garantir um mínimo essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Tais garantias se concretizam pelo fornecimento de água, respeitados os padrões de potabilidade, a gestão hídrica, a tutela administrativa e judicial das águas e pela conscientização da importância da atuação conjunta entre poder público e sociedade para a preservação dos recursos hídricos contextualizada dentro da sociedade de risco.

## Palavras-chave

Direitos fundamentais; Sociedade de risco; Acesso à água potável; Mínimo existencial.

## Resumen

Este trabajo analiza el acceso al agua potable como un derecho fundamental en el contexto del principio de la dignidad humana en la construcción de un Estado de Derecho Ambiental. Reconocer el acceso al agua como un derecho fundamental, es dar al Estado el deber de garantizar una calidad esencial mínima de vida saludable para las generaciones presentes y futuras, obtenidos por el suministro de agua, respetando las normas de potabilidad, la gestión del agua, protección administrativa y judicial de las aguas y la conciencia de la importancia de una acción conjunta entre el gobierno y la sociedad para la preservación de los recursos hídricos en el contexto de la sociedad del riesgo.

## Palabras clave

Derechos fundamentales; Sociedad del riesgo; Acceso al agua potable; Mínimo existencial.

### 1. Introdução

Para Carson (2010, p. 47), de todos os nossos recursos naturais, a água tornou-se o mais precioso. A maior parte da superfície da Terra é coberta por mares que a envolvem; no entanto, em meio a toda essa fartura, ainda queremos mais. Por um estranho paradoxo, a maior parte da abundante água da Terra não pode ser utilizada para a agricultura, indústria ou para o consumo humano em virtude da elevada quantidade de sais marinhos; dessa forma, a maioria da população mundial passa ou é ameaçada por uma escassez crítica. Em uma era em que o ser humano esqueceu suas origens e está cego até mesmo para suas necessidades mais básicas de sobrevivência, a água, assim como outros recursos, tornou-se uma vítima da indiferença humana.

Viola (2010, p. 47) ainda acrescenta que, a combinação de crescimento da população mundial, consumo generalizado de energia fóssil e desenvolvimento tecnológico dentro de um paradigma carbono intensivo tem sido a causa principal do processo de aquecimento global. As principais manifestações das mudanças climáticas são os fenômenos climáticos extremos – ondas de calor e frio mais intensas e prolongadas, secas, inundações, tormentas e furacões mais severos – e a retração de geleiras das montanhas, do Ártico e da Antártida, com impacto sobre o nível do mar imbricam-se em situações de vulnerabilidade ambiental.

Lovelock (2006, p. 15-19) salienta que estamos abusando tanto da Terra que ela poderá se insurgir e retornar ao estado quente de 55 milhões de anos atrás e se isso acontecer, a maioria de nós e nossos descendentes morreremos. Ainda que cessássemos neste instante de arrebatar novas terras e águas de Gaia para a produção de alimentos e combustíveis e parássemos de envenenar o ar, a Terra levaria mais de mil anos para se recuperar do dano já infligido.

Para Wolkmer; Paulitsch (2013, p. 257) e Glasenapp; Cruz (2011, p. 116), o atual modelo civilizatório, caracterizado pela complexidade das relações interpostas entre desenvolvimento econômico, direito e sustentabilidade, possibilita a institucionalização do Estado de Direito Ambiental. Complementando este pensamento, Ost (1997, p. 355) argumenta sobre a necessidade de uma compreensão mais global no que se refere à questão ambiental e à sua regulação, preceituando que:

[...] do local (a “minha” propriedade, a “minha” herança) conduz ao global (o patrimônio comum do grupo, da nação, da humanidade); do simples

(tal espaço, tal indivíduo, tal facto físico), conduz ao completo (o ecossistema, a espécie, o ciclo); de um regime jurídico ligado em direitos e obrigações individuais (direitos subjectivos de apropriação e obrigações correspondentes), conduz a um regime que toma em consideração os interesses difusos (os interesses de todos, incluindo os das gerações futuras) e as responsabilidades colectivas; [...]

No mesmo sentido, Canotilho (2011, p. 21-31) defende que:

[...] o Estado de Direito, hoje, só é Estado de Direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente; mas o Estado ambiental e ecológico só será Estado de Direito se cumprir os deveres de juridicidade impostos à atuação dos poderes públicos.

Portanto, a proteção socioambiental impõe, sob todos seus prismas, um tratamento inovador, o que repercute também na perspectiva das políticas e das práticas do Estado e para além do Estado, visto que não se submetem aos limites territoriais da ordem jurídica moderna e às suas estratégias (GLASENAPP; CRUZ, 2011, p. 75). Nessa perspectiva, a Constituição propõe um novo significado para a já clássica noção de Constituição Econômica, atribuindo outros objetivos, cuja concretização é agora considerada relevante para o desenvolvimento de um significado diferenciado de ordem econômica, conforme atesta Ayala (2012, p. 297). Esse novo significado proposto pela Constituição à ordem econômica a define nos termos de uma “economia social e ecológica de mercado” (HÄBERLE, 2003, p. 240-244).

A Constituição da República Federativa do Brasil contemplou o novo significado. Os atributos econômicos e ecológicos estão reunidos pela Constituição Brasileira na condição de princípios gerais da atividade econômica (art. 170, incisos II e VI, CF), admitindo que todos são relevantes para a finalidade de se atribuir valor a determinado bem, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;

(...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

A proteção da utilidade econômica dos recursos naturais por intermédio da propriedade privada constitui apenas uma das referências que fundamentam a ordem econômica

nacional. Não é a única e, tampouco, a principal. A obrigação de defesa do meio ambiente e a função social da propriedade condicionam a forma de valoração dos bens para a finalidade de apropriação. Definem uma nova modalidade de apropriação de bens, que complementa o sentido econômico, fazendo com que seja integrada à dimensão econômica uma dimensão que poderia ser chamada de dimensão de apropriação social. Qualquer relação de apropriação deve permitir o cumprimento de duas funções distintas: uma individual (dimensão econômica da propriedade) e uma coletiva (dimensão socioambiental da propriedade).

Em suma, somente a propriedade privada que cumpra a sua função social possui proteção constitucional, seu descumprimento importa a imposição de uma sanção: a expropriação compulsória (art. 182, § 4º, III e art. 184, “caput”, CF). Esta é suportada pelo proprietário exatamente em razão do exercício irresponsável do direito e da gestão inadequada dos recursos naturais (AYALA, 2012, p. 299-300).

Nesse contexto, emerge o paradigma do Estado de Direito Ambiental. Ele incorpora uma nova dimensão para contemplar o elenco dos objetivos fundamentais do Estado de Direito contemporâneo: a proteção do meio ambiente, que se articula dialeticamente com as demais dimensões consagradas no decurso do processo do Estado de Direito (PUREZA, 1996, p. 27).

Sob essa ótica, o Estado de Direito Ambiental é definido como a forma de Estado que se propõe a aplicar o princípio da solidariedade social e econômica com o objetivo de alcançar um desenvolvimento sustentável, orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, por meio do controle jurídico do uso racional dos recursos naturais, o que legitima e dá suporte ao processo de judicialização das políticas públicas ambientais, quando verificada a omissão ou necessidade de atividade prestacional pelo poder público (BELLVER-CAPELLA, 1994, p. 248).

## **2. A Água no Contexto da Crise**

Sendo assim, a escassez e o mau uso da água doce são fatores de grande e crescente risco ao desenvolvimento sustentável e à proteção do meio ambiente. A água doce é um recurso finito e essencial para sustentar a vida, o desenvolvimento e o meio ambiente. Já que a água sustenta a vida, o gerenciamento efetivo dos recursos hídricos demanda uma abordagem holística, ligando desenvolvimento social com o econômico e proteção dos ecossistemas naturais. Gerenciamento efetivo liga os usos da terra aos da água nas áreas de drenagem ou aquífero de águas subterrâneas (Declaração de Dublin, princípio 1º).

A água tem valor econômico em todos os usos competitivos e deve ser reconhecida como um bem econômico. No contexto deste princípio, é vital reconhecer inicialmente

o direito básico de todos os seres humanos do acesso ao abastecimento e saneamento a custos razoáveis. O erro no passado de não reconhecer o valor econômico da água tem levado ao desperdício e usos deste recurso de forma destrutiva ao meio ambiente. O gerenciamento da água como bem de valor econômico é um meio importante para atingir o uso eficiente e equitativo, e o incentivo à conservação e proteção dos recursos hídricos (Declaração de Dublin, princípio 4º).

No âmbito do direito brasileiro, a água passou a ser considerada como bem de domínio público dotado de valor econômico, nos termos do art. 1º, I e II da Lei nº 9433/97 (Lei dos recursos hídricos). Por sua vez, o Decreto nº 24643 de 10 de julho de 1934 que decretou o Código de Águas, no Livro II que se refere ao aproveitamento das águas em seu art. 34 preceitua que “é assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de águas, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível”. E o art. 35 ressalva que “se não houver este caminho, os proprietários marginais não podem impedir que os seus vizinhos se aproveitem das mesmas para aquele fim, contanto que sejam indenizados do prejuízo que sofrerem com o trânsito pelos seus prédios”.

Também o art. 109 reza que “a ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros”. E como consequência, “os trabalhos para a salubridade das águas serão executados à custa dos infratores, que, além da responsabilidade criminal, se houver, responderão pelas perdas e danos que causarem e pelas multas que lhes forem impostas nos regulamentos administrativos” (art. 110). Esse dispositivo foi complementado pelo art. 54, inciso III da Lei nº 9605 de 12 de fevereiro de 1998 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, *in verbis*:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 2º Se o crime:

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade.

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

Ainda dentro desse arcabouço legislativo, destacam-se a Lei nº 9985 de 18 de julho de 2000 que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza que tem como objetivos enumerados no seu art. 4º “proteger e recuperar recursos hídricos e edáficos”; a Lei nº 10257 de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade) que tem determina a ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a poluição e a degradação ambiental (art. 2º, VI, alínea g).

O Código Civil de 2002, no seu art. 1228, § 1º, bem como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10257/01), no art. 1º, parágrafo único, também fortalecem o princípio da função ecológica da propriedade, vez que:

Art. 1228.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Art. 1º da Lei nº 10257/01. Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1109778/SC, 2ª Turma, DJ 04.05.2011 reconheceu a função ecológica da propriedade, em julgamento paradigmático, como se extrai de trecho do voto do Relator, Ministro Herman Benjamin:

A faculdade de “usar, gozar e dispor da coisa” (art. 1228, *caput*), núcleo econômico do direito de propriedade, está condicionada à estrita observância, pelo proprietário atual, da obrigação *propter rem* de proteger a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitar a poluição do ar e das águas” (parágrafo único do mesmo art. 1228).

Trata-se, a toda evidência, de exigência que, nos regimes jurídicos contemporâneos, incide sobre os imóveis rurais ou urbanos, que passam a transportar *finalidades múltiplas* (privadas e públicas, inclusive ecológicas), o que faz com que sua utilidade econômica não se esgote em *um único uso*, no *melhor uso* e, muito menos, no *mais lucrativo uso*.

Na verdade, a ordem constitucional-legal brasileira não garante ao proprietário e ao empresário o *máximo retorno financeiro possível* dos bens privados e das atividades exercidas. Exigências de sustentabilidade ecológica na ocupação e utilização de bens econômicos privados não evidenciam apossamento, esvaziamento ou injustificada intervenção pública. Prescrever que indivíduos cumpram certas cautelas ambientais na exploração de seus pertences não é atitude discriminatória, tampouco rompe com o *princípio da isonomia*, mormente porque ninguém é confiscado do que não lhe cabe no título ou senhorio.

Se o proprietário ou possuidor se sujeita à função social e à função ecológica da propriedade, despropositado alegar perda indevida daquilo que, no regime constitucional

e legal vigente, nunca deteve, isto é, a possibilidade de utilização completa, absoluta, ao estilo da terra arrasada, da coisa e de suas virtudes naturais. Ao revés, quem assim proceder estará se apoderando ilicitamente (uso nocivo ou anormal da propriedade) de *atributos públicos* do patrimônio privado (serviços e processos ecológicos essenciais), que são “bem de uso comum do povo”, nos termos do art. 225, *caput*, da Constituição de 1988.

Assim, os mencionados dispositivos do Código Civil e do Estatuto da Cidade consagram o princípio da solidariedade, englobando, também, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos. Notadamente, são direitos que transcendem o individual e o coletivo, na medida em que os interesses individuais ou privados se subordinam a interesses da maioria em prol do bem-estar social (LEITE; BELCHIOR, 2014, p. 13).

Por essa razão, consoante Farias (2005, p. 396-403), o valor econômico declarado à água pela legislação de recursos hídricos, torna-a uma mercadoria, embora seja um mecanismo para sua proteção. Esse debate ganhou força no século XXI, quando se aventou sobre a possibilidade de sua equiparação a uma “commodity”. Destaca-se que o mercado das águas não se refere, exclusivamente, à exploração da água mineral (envasada), mas, também, à água tratada no que tange ao seu modelo de gerenciamento, abastecimento, saneamento, irrigação, geração de energia, entre outros (DALLA CORTE; PORTANOVA, 2013, p. 106).

Segundo Ferreira (2011, p. 56-57), embora esse princípio aparentemente condicione o acesso à água ao pagamento de um preço razoável, isso não implica que os desprovidos de condições de pagar tal valor, previamente estipulado, ficariam impedidos de usufruir desse recurso. Considerando que o acesso à água potável e ao saneamento constitui direitos humanos, a segurança do abastecimento de água é um aspecto chave na redução da pobreza.

E ainda, pelo disposto na Constituição Federal, as águas passaram a ser consideradas bens dos Estados e da União, pela sua titularidade no art. 20, inciso III e do art. 26, inciso I evidenciando que o legislador constitucional não inseriu o direito ao acesso a água potável no catálogo específico de direitos e garantias individuais embora seja possível aplicar analogicamente ou implicitamente o art. 225 da Constituição em matéria de água. Nesse mesmo raciocínio, Steigleder (2002, p. 271), preleciona que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 225, “caput”, alçou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental da pessoa humana, assim entendido como pressuposto para os igualmente fundamentais direitos à vida e à saúde. O art. 225 também impõe ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, o que também vem reforçado na Carta Constitucional no art. 23, que trata da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e

dos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer das suas formas (inciso V) e preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII).

### 3. A Crise da Água na Sociedade de Risco

A água é um mineral, composto por dois átomos de hidrogênio e um átomo de oxigênio, que forma um líquido incolor, inodoro, que se constitui parte integrante do meio ambiente que oferece condição essencial para a existência da vida no planeta. Por água potável entende-se,

[...] aquela conveniente para o consumo humano. Isenta de quantidades apreciáveis de sais minerais ou de microorganismos nocivos, diz-se daquela que conserva seu potencial de consumo de modo a não causar prejuízos ao organismo. Potável é a quantidade da água que pode ser consumida por pessoas e animais sem riscos de adquirirem doenças por contaminação (FACHIN; SILVA, 2010, p. 74).

Tundisi; Tundisi (2009, p. 23) salientam que estas características são fundamentais para a água funcionar como substância de grande importância biológica, física e química. A água é chamada de “solvente universal”, o que lhe dá propriedades importantes, pois dissolve substâncias e íons. Outra propriedade importante é a “viscosidade”, uma medida de resistência da água líquida ao fluxo. A “tensão superficial” resulta da ligação coesiva do hidrogênio na base de cristal líquido. Certos animais e plantas se mantêm na superfície da água utilizando-se desta tensão superficial, que se quebra pela presença de substâncias como detergentes e aumenta com a concentração de sais dissolvidos.

A água também é um recurso estratégico para a humanidade, pois mantém a vida no planeta Terra, sustenta a biodiversidade e a produção de alimentos e suporta todos os ciclos naturais. A água tem, portanto, importância ecológica, econômica e social. Há uma cultura relacionada com a água e um ciclo hidrossocial na interrelação da população humana com as águas continentais e costeiras. Sem água de qualidade adequada, o desenvolvimento econômico-social e a qualidade da vida da população humana ficam comprometidas. As fontes de água doce, superficiais ou subterrâneas, têm sofrido, especialmente nos últimos cem anos, em razão de um conjunto de atividades humanas sem precedentes na história: construção de hidrovias, urbanização acelerada, usos intensivos das águas superficiais e subterrâneas na agricultura e na indústria (TUNDISI; TUNDISI, 2009, p. 8-9).

Para Fachin; Silva (2010, p. 6), dentre os principais problemas ambientais existentes no mundo, o mais preocupante, ou pelo menos um deles, é a escassez da água. Também Pinto (2007, p. 125) salienta que a crise da água é a mais grave prevista para o século XXI, atingindo de alguma forma todos os países e todas as pessoas. Por seu turno, Graf

(2008, p. 58) acrescenta ainda que essa crise da água caracteriza-se por não se relacionar, exclusivamente, com a quantidade dos recursos hídricos disponíveis para consumo, mas por se referir também à qualidade de tais recursos e ao modo de utilização.

Assim, a crise global da água em seu aspecto quantitativo, relaciona-se com a escassez de recursos hídricos em decorrência da sua distribuição irregular na superfície terrestre, bem como em razão da sua falta de qualidade. Dessa forma, pode-se possuir uma disponibilidade hídrica sustentável, mas, em razão da ausência de condições de potabilidade, a quantidade de água acessível para o consumo restará diminuída. Quanto à crise da água em seu prisma qualitativo, refere-se à degradação dos recursos hídricos, a qual ocorre por diversos motivos, sendo o principal deles a poluição ambiental (VIEGAS, 2012, p. 26-27).

De acordo com o resultado da consulta nacional da Agenda 21 Brasileira (2004, p. 43-44) o balanço hídrico em território brasileiro mostra grande diversidade hidrológica, que varia desde 48,2 l/s/km<sup>2</sup> no Atlântico Norte e 34,2 l/s/km<sup>2</sup> na bacia amazônica, até 2,8 l/s/km<sup>2</sup> na região semiárida do Atlântico Leste, 1 até 4,5 l/s/km<sup>2</sup> na bacia do rio São Francisco. O volume de água subterrânea nos lençóis mais profundos está estimado em 112.000 km<sup>3</sup>. Segundo a Associação Brasileira de Águas Subterrâneas, há cerca de 200.000 poços tubulares em exploração; são perfurados cerca de 10.000 poços por ano. Cerca de 61% da população brasileira se abastece de mananciais de subsuperfície, tais como poços rasos (6%), nascentes/fontes (12%) e poços profundos (43%).

Dessa forma, conforme a Agenda 21 Brasileira (2004, p. 41) é fundamental e indispensável que a sociedade incorpore a visão de que os recursos naturais só estarão disponíveis para a atual e as futuras gerações se utilizados de modo racional, compatível com a preservação e o tempo de regeneração e recuperação dos utilizados. Com muita frequência a preservação, a recuperação e a regeneração não atendem às necessidades de reprodução do capital, seja em função do curto prazo que se costuma prever para o retorno dos investimentos, seja porque se exercita outro ritmo, para atender às necessidades geradas pelo crescimento populacional provocando, numa e na outra hipótese, situações que ameaçam espécies e/ou ecossistemas.

Santin; Dalla Corte (2013, p. 24-29) registram que a poluição das águas acarreta maiores investimentos públicos no tratamento de sua qualidade e em saneamento básico, pois os recursos hídricos contaminados causam, diretamente, malefícios à saúde das pessoas. Assim, os níveis atuais de poluição, principalmente no que tange aos recursos hídricos, estão muito concentrados, em especial nos centros urbanos em razão da falta de saneamento básico, infraestrutura e ocupação de áreas irregulares.

Os dados apontados atingem diretamente os direitos humanos à vida digna e à saúde da população, bem como contribui para a crise da água e para outros gravames ambientais, como o efeito estufa e a destruição da camada vegetal. Esse quadro tende a agravar-se

com a crescente demanda da água na agricultura, na indústria e nos usos domésticos, bem como a partir do aumento da população urbana, principalmente nas periferias das metrópoles, os recursos hídricos passaram a sofrer danos até então não evidenciados no meio social como, por exemplo, problemas sérios pelo despejo de dejetos industriais, de lixo, de enchentes, de esgoto doméstico em rios, córregos e fontes.

Tal situação também é agravada no entendimento de Santos (2011, p. 1) pelo fato de que a contaminação das águas ultrapassa as fronteiras municipais, estaduais e muitas vezes nacionais, atingindo locais distantes da fonte poluidora, o que torna inoperante a tentativa de diminuí-los sem a participação de todos os envolvidos, acrescentando aí a sociedade civil.

Para Santin; Dalla Corte (2013, p. 27-28), analisadas as causas da crise global da água, ela deve ser contextualizada dentro da sociedade de risco, no que se refere aos seus aspectos socioambientais. A sociedade de risco não surgiu de condutas intencionais humanas: é considerada um estágio da modernidade em que os efeitos da industrialização e suas ameaças começam a ganhar forma. Assim, infere-se que é a partir da indefinição dos limites dos riscos e perigos produzidos pela sociedade e pela falibilidade das medidas de segurança reconhecidas pelo organismo social que emergem as principais características da denominada sociedade de risco.

Na sociedade de risco, os perigos representam as circunstâncias fáticas que sempre ameaçaram a sociedade; enquanto os riscos são considerados aqueles criados artificialmente pelo homem, ou seja: são consequências da escolha do seu estilo de vida ou – numa outra perspectiva – representam o resultado da opção do tipo de desenvolvimento que cada sociedade persegue. Observa-se que os riscos e perigos requerem medidas ou ações urgentes, de caráter preventivo e repressivo e que a sociedade deve assumir novos contornos ou diretrizes a fim de se maximizar a segurança no âmbito social (BIANCHI, 2010, p. 19-20).

Nesse processo, descreve, como significativo elemento de distinção, a alteração da compreensão dos perigos na medida em que se passa à formulação da concepção de risco, determinando, por fim, a configuração deste e o perfil das respostas institucionais lhe dirigidas no mundo moderno. Na análise das mudanças apontadas, assumem papel de relevo, dentre os riscos de graves consequências, os riscos ambientais, o que se justifica em face da intensificação recente das possibilidades de ocorrência de catástrofes ecológicas em grande escala, na forma de ameaças globais (BORATTI, 2010, p. 133-134).

Beck (1998, p. 78-80), descreve como significativa a distinção entre as categorias risco e perigo. Perigos ou ameaças sempre estiveram presentes na história da humanidade. Já o risco apresenta-se como conceito próprio da modernidade, uma vez que compreendido como resultado de processos decisórios associados à industrialização, e, portanto,

justificado racionalmente. O risco, assim, não seria determinação do destino, mas sim consequência de decisões fabricadas pelo homem, no curso da modernização técnico-científica e dinamização do desenvolvimento econômico.

Porém, com a intensificação do processo de industrialização, aceleração do avanço técnico-científico e dinamização do desenvolvimento econômico, surgem dilemas relacionados à origem, alcance, previsão e distribuição dos riscos. As ameaças decorrentes das ações e decisões humanas assumem, então, outras naturezas, escapando ao controle das instituições: incalculabilidade, imprevisibilidade, incontrolabilidade, imperceptibilidade e, até mesmo, dimensão catastrófica, podendo conduzir a sociedade à autodestruição (BECK, 1998, p. 97).

Como consequência, denota-se a falência dos mecanismos de segurança e controle típicos da racionalidade industrial e o reconhecimento da falibilidade da ciência na verificação das ameaças, bem como das instituições em administrá-las. Ou seja, os modelos de causalidade e imputabilidade se mostram ineficazes como mecanismos de percepção e análise do risco moderno (BECK, 1998, p. 13). Conduz-se, assim, a sociedade industrial a uma crise ou estado de “autolimitação”, ou melhor, um processo de autorreflexão sobre suas próprias premissas. Seria a radicalização da modernidade, ou, em outras palavras, a sociedade torna-se um tema e um problema para si mesma (BECK, 1998, p. 26).

Para Demajorovic (2003, p. 44-45) desde o reconhecimento dos problemas de degradação socioambiental decorrentes da intensificação do processo de industrialização, o debate sobre riscos tem sido primazia daqueles que detêm o conhecimento técnico. Os especialistas concentraram seus esforços em encontrar alternativas para diminuir as possibilidades de acidentes industriais e de contaminação ambiental e no caso da ocorrência efetiva do dano, procuram implementar medidas para mitigar suas conseqüências. No entanto, essas alternativas perdem sua eficácia quando pensamos nas novas características da sociedade de risco. Muitos cientistas e representantes de diversas organizações empresariais utilizam o argumento da incalculabilidade, entendida como incerteza sobre os reais impactos das alterações ambientais no futuro, para impedir ou ao menos postergar ações mais contundentes no momento presente.

Na realidade, o processo social de reconhecimento de risco ainda que baseado muito mais em estimativas do que em sua real calculabilidade, forja o desenvolvimento de uma moral ecológica. O consenso criado em torno dos benefícios proporcionados pelas empresas, fundamentado em sua contribuição para o crescimento do emprego e do nível de renda, choca-se com a moral ecológica. Esta não apenas questiona os aspectos econômicos e tecnológicos das ações empresariais, mas se materializa também em pressões políticas, em um maior rigor das normas de comando e controle, no aumento dos custos de operação, na maior interferência no processo de tomada de decisão dentro das organizações

e no reconhecimento, por parte do Poder Judiciário, das demandas de compensação por danos ambientais (DEMAJOROVIC, 2003, p. 45-46).

Dessa forma, o discurso ambiental remodelado assume uma crítica ao próprio processo produtivo – simbolizado pelo consumo excessivo dos recursos naturais, pela elevada geração de resíduos sólidos e pela poluição dos recursos hídricos – fundamentando-se não mais simplesmente nos valores morais, mas na racionalidade técnico-científica, a mesma que possibilitara o desenvolvimento da sociedade industrial (DEMAJOROVIC, 2003, p. 50).

#### **4. Escassez de Água**

Franca; Cardoso Neto (2006, p. 26-27) classificam a escassez de água em duas categorias: a conjuntural e a estrutural. A escassez conjuntural é aquela decorrente de situações desfavoráveis, naturais ou não. Esse tipo de escassez pode ocorrer por diversos fatores. Algumas situações que podem gerá-la são esporádicas, geralmente de duração não muito longa, e normalmente restritas a regiões muito específicas. Um exemplo comum é a que ocorre em conflitos armados que cerceiam o acesso às fontes de abastecimento hídrico. Uma estiagem extraordinariamente prolongada que se abate sobre uma região normalmente não muito seca, como a que ocorreu no ano passado no sul do Brasil, por exemplo, pode ocasionar uma escassez passageira e localizada, que também pode ser descrita como conjuntural. O combate a esse tipo de escassez consiste no restabelecimento da normalidade da conjuntura adversa, que é, geralmente, pontual e exige que sejam tomadas decisões eficazes e rápidas.

A escassez estrutural se deve a um desequilíbrio entre disponibilidades e prioridades. Uma manifestação desse tipo de escassez é, por exemplo, a que acontece em uma região que tenha optado por quase exaurir seus recursos hídricos sem se importar com os seus usos múltiplos, como ocorreu no vale do rio Murray, na Austrália, em meados do século XIX, onde a irrigação foi tão intensiva que inviabilizou a navegação no rio, que era o principal meio de transporte usado para escoar a produção, o que acabou fazendo com que toda a atividade agrícola da região entrasse em colapso. Há regiões nas quais tanto a oferta quanto a demanda de água são abundantes, mas a prioridade é favorecer um emprego específico do recurso em detrimento de toda uma multiplicidade de usos. Quando se fala em escassez, não se deve esquecer a que se refere à carência de qualidade satisfatória da água. A podridão dos rios que atravessam as cidades brasileiras é uma escassez estrutural com reflexos imediatos devastadores na saúde e na qualidade geral de vida da população. (FRANCA; CARDOSO NETO, 2006, p. 26-27).

Segundo Christofidis (2006, p. 46), se a oferta de água renovável do país for menor que 4.650 litros por pessoa/dia (1.700 m<sup>3</sup>/hab. ano), pode-se afirmar que esta região encontra-se na condição de “escassez hídrica”. Se a disponibilidade estiver abaixo de 2.740

litros por pessoa/dia (1.000 m<sup>3</sup>/hab. ano), ocorre “escassez crônica” de água, situação em que não há folga para uso de água em produção agrícola, pecuária e industrial, em quantidade que permita o comércio em maior escala, a não ser com alta tecnologia de uso e boa gestão.

Como a quantidade e a qualidade da água estão sendo afetadas pela inadequada ação do ser humano, deve-se estabelecer a proteção da vegetação e dos solos de forma a que possibilitem os fluxos de água, sua forma natural de movimentação e de filtração e, ao mesmo tempo, definam-se as finalidades que são mais importantes (as prioridades) e os limites de uso, criando-se as condições de convivência entre usuários e ecossistemas, tanto em quantidade como em qualidade de água disponível (CHRISTOFIDIS, 2006, p. 46).

A escassez de água também é agravada pelo desperdício devido às falhas estruturais nos sistemas de distribuição e abastecimento. Segundo Lobel (2015), o relatório (concluído em dezembro de 2014) do Sistema Nacional de Informações de Saneamento Básico do Ministério das Cidades o índice de perda de água tratada é de 37%. Registra ainda um aumento do consumo de água “per capita” na maioria dos Estados brasileiros.

Com o objetivo de minimizar os problemas de desperdício da água tratada pelas concessionárias ou permissionárias dos serviços públicos de distribuição e abastecimento de água potável está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6402, de 2013 de autoria do Deputado Federal Marco Tebaldi (PSDB-SC). A justificativa é em razão da baixa capacidade institucional e de gestão dos sistemas e a pouca disponibilidade de recursos para investimentos se deve à falta de ações na rede de distribuição e a ampliação do sistema sem os devidos estudos de engenharia. A maioria das redes é, na prática, uma mistura de tubos de diferentes tipos de materiais, assentados ao longo de várias décadas e que geralmente apresentam sinais de deterioração em maior ou menor escala conforme a idade de assentamento, material do tubo, técnicas de instalação e as características do solo.

O texto do Projeto de Lei nº 6402/2013 estabelece a obrigatoriedade do cumprimento de metas na redução no índice de perdas pelas empresas de distribuição e abastecimento de água tratada.

Art. 2º. Torna obrigatória, as concessionárias ou permissionárias dos serviços públicos de distribuição e abastecimento de água potável, em todo o território nacional após a vigência desta legislação, o cumprimento das seguintes metas:

I – atingir o Índice de Perdas por Ligação em 30% (l/lig.dia) nos primeiros 05 (cinco) anos de vigência desta legislação;

II – atingir o Índice de Perdas por Ligação em 20% (l/lig.dia) em 10 (dez) anos de vigência desta legislação;

III – manter o Índice de Perdas por Ligação em 15% (l/lig.dia) após 15 (quinze) anos de vigência desta legislação.

E ainda preceitua que:

Art. 3º. Fica ao Ministério das Cidades juntos às agências reguladoras de controle e fiscalização dos serviços de abastecimento de água, esgotamento e sanitário, da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, a responsabilidade pela normatização, fiscalização e punição.

Art. 4º. É vedada a criação ou majoração de tarifas de qualquer natureza para aplicação do disposto desta legislação.

Em cada dez municípios, com mais de 100.000 habitantes, seis registraram perdas de volumes de água entre 20% a 50%. O Brasil ainda perde 37% a 42% do total de sua água tratada e distribuída por erros estruturais no sistema, gerando prejuízo de 7,4 bilhões de dólares ao ano. O relatório do IBGE mostra que o Brasil desperdiça aproximadamente 45% da água tratada captada pelas companhias antes de chegar às torneiras dos brasileiros, onde o prejuízo passa de R\$4 bilhões por ano (ATLAS DE SANEAMENTO, 2011).

Outra justificativa apresentada no Projeto de Lei nº 6402/2013 é no sentido de que o desperdício de água representa um dos maiores desafios e dificuldade para a expansão das redes de distribuição de água no Brasil, mas reduzir o desperdício não é importante apenas para a economia das concessionárias, mas para o consumidor, além de ser uma atitude importante também para não haver um desabastecimento devido aos vazamentos nas redes de distribuição.

Tundisi; Tundisi (2009, p. 94-95) enumeram outras estratégias para enfrentar a escassez da água, seja por falta de disponibilidade (problema de deficiência do ciclo hidrológico), seja por excesso de poluição (com aumento excessivo dos custos do tratamento) que são:

1. Criar alternativas para obtenção de mais água: aumentar as reservas, proteger os aquíferos subterrâneos e promover o transporte de água para onde há escassez. Proteção dos mananciais de águas superficiais é parte dessa estratégia; dessalinização é outra opção, mas ainda relativamente cara. Seus custos podem baixar nos próximos dez anos, tornando este processo mais viável (atualmente os custos oscilam entre US\$ 0,50 a US\$ 1,00 por metro cúbico de água doce produzida a partir de água salgada). A transposição de águas deve ser feita com extensos cuidados e análises de impacto, inclusive com avaliação de impacto após a transposição.
2. Diminuir o consumo e reciclar a água. É fundamental reduzir a demanda de água, estabelecendo cobranças para o uso, taxando poluidores e estimulando o

reuso. Novas técnicas para usos múltiplos devem ser pesquisadas e implementadas.

3. Ampliar a capacidade de gerenciamento integrado: reduzir a poluição, gerenciar usos múltiplos, promover monitoramento avançado, reduzir o desperdício e sobretudo educar a população em geral e os tomadores de decisão (políticos, prefeitos, gerentes). O problema de água deve fazer parte de programas mobilizadores, que promovam a percepção da população sobre o problema e estimulem sua participação efetiva nas decisões estratégicas.

## 5. Direitos Fundamentais e Acesso à Água Potável

Para Canotilho (2003, p. 1239) os direitos fundamentais são categorias dogmáticas e, além disso, garantias contramajoritárias que se constroem como exercícios de direitos que se revelam possíveis dentro da dogmática. Na mesma linha, Bello Filho (2012, p. 1) entende que direitos fundamentais são categorias dogmáticas e possuem toda uma estrutura dogmática que os justifica e fornece as condições necessárias para que se tornem efetivos a partir de uma norma de matriz constitucional como, por exemplo, o art. 225 da Constituição Federal que tutela a preservação ambiental como um valor irradiante para todo o ordenamento jurídico.

Viegas (2012, p. 25) entende que, pelo fato de o acesso à água ter sintonia estreita com direitos fundamentais como a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana, assume inegável contorno também de direito fundamental, que reside no direito de utilização de água em quantidade e qualidade adequadas. Também para Irigaray (2003, p. 398) enquanto direito fundamental, o direito à água é inalienável e irrenunciável, e o exercício da cidadania ensejará, ao longo do tempo, uma ampliação desse direito, incompatibilizando seu exercício com a gestão meramente econômica da água. Acresça-se que não é possível a concretização da democracia dissociada da implementação dos direitos fundamentais.

Mirandola; Sampaio (2006, p. 265-266), ressaltam ainda que a água é direito fundamental que apresenta quatro dimensões essenciais: a dimensão humanitária e de dignidade humana que implica criar condições de acesso a um mínimo de água, necessária à sobrevivência humana; a dimensão econômica nos remete à ideia de água como bem natural limitado quanti-qualitativamente, sendo necessária a sua exploração grandes investimentos econômicos; numa dimensão social a “água é fator de inclusão”; e, por fim, a dimensão sanitária nos lembra de que não basta à disponibilidade de uma quantidade mínima de água, pois, a “água deve ser limpa”, ou seja, não poluída, inclusive, por uma questão de saúde pública.

Portanto, mesmo que a escassez quanti-qualitativa da água atribua a esta valor econômico, em momento algum pode ser tratada como mercadoria, pois, direito fundamental por excelência (SARLET, 2003, p. 84). O reconhecimento da água como direito fundamental é mais do que uma implicação teórica, mas uma reflexão de cunho teórico e efeito prático. Onde, primeiro passo, é estabelecer uma política efetiva de universalização de direito à água (MIRANDOLA; SAMPAIO, 2006, p. 266-267).

Sarlet (2003, p. 84) assevera que existem direitos fundamentais universais e consensuais, dentre os quais o direito à água e o respeito à dignidade humana. Nesse sentido, o constituinte brasileiro, inspirado em constituições ocidentais sociais democratas do século anterior, inscreveu em seu art. 1º, inciso III, o postulado da dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da organização nacional.

De fato, pode-se afirmar que o Estado Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano, tendo-o como eixo central. Trata-se, pois, do constitucionalismo das comunidades humanas, mais orgânico e voltado mais para a sociedade do que para o Estado (LEITE; BELCHIOR, 2014, p. 12). Sendo o Estado Democrático de Direito a fórmula política adotada pelo constituinte originário de 1988, segundo disposto no art. 1º, “caput”, da Constituição Federal, Guerra Filho (2003, p. 20) afirma que toda interpretação do texto constitucional deve ser no sentido de lhe conferir o máximo de eficácia, apresentando-se como um programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política.

Dessa forma, assegurar o respeito da dignidade humana continua sendo o fim da sociedade política. Dignidade esta que não é vista apenas no âmbito do indivíduo isolado, mas sim de uma forma coletiva, em virtude da solidariedade. Por conta disso, surgem direitos de titularidade coletiva, intitulados pela doutrina de direitos fundamentais de terceira dimensão que consagram o princípio da solidariedade, englobando, também, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma saudável qualidade de vida e outros direitos difusos (LEITE; BELCHIOR, 2014, p. 12-13).

A Constituição Brasileira de 1988, ao assegurar a proteção do meio ambiente em seu art. 225, fortalece o princípio da função ecológica da propriedade, impondo obrigações positivas e negativas ao proprietário, à luz do princípio da solidariedade. Fala-se, inclusive, em dimensão ecológica na dignidade humana, o que implica numa matriz fundante dos demais direitos fundamentais (LEITE; BELCHIOR, 2014, p. 13-17), (FENSTERSEIFER, 2008, p. 35). Assim, reconhecer a água como direito fundamental consiste em atribuir ao Estado o dever de garantir um mínimo essencial à sadia qualidade de vida, das presentes e futuras gerações.

Porém, mais do que reconhecer a água como direito fundamental é necessária uma gestão participativa, efetiva e eficaz. Isso porque, como anota Benjamin (2011, p. 113), a

tutela ambiental não é um daqueles valores sociais em que basta assegurar uma liberdade negativa, orientada a rejeitar a intervenção ilegítima ou do abuso do Estado, mas um conjunto de deveres positivos (obrigação de fazer) e deveres negativos (obrigação de não-fazer). No Brasil, o fornecimento de água potável, pela União, Estados e Municípios é ato administrativo vinculado, devendo ser observado o conjunto de medidas necessárias para implementação (MACHADO, 2001, p. 16).

Nesse sentido, Leite; Ferreira (2010, p. 15) defendem a possibilidade de participação dos cidadãos nos processos ambientalmente relevantes surge não apenas como consequência do direito de proteger interesses fundamentais que são transindividuais, mas também como resultado do reconhecimento de que a preservação do meio ambiente, considerado em sua dimensão integrada, deve articular-se de forma integrativa e, portanto, compartilhada.

Deve ser ainda lembrado que, em sua compreensão alargada, o direito fundamental à água interessa a todos os membros da coletividade, em uma perspectiva intergeracional e multicultural, uma vez que afirma o valor múltiplo da água, ressaltando que há direitos incidentes sobre os recursos hídricos que remontam a manifestações tradicionais e expressões particulares e próprias de uma identidade cultural (arts. 216, “caput”; 225, “caput” e 231, “caput”, da CF). Portanto, o direito à água é imprescritível e atribuído a toda a coletividade, sendo que a forma tradicional com que os membros dessa coletividade se relacionam perante a água, através do acesso, uso, gestão e destinação, por si só, também se encontra sob a proteção desse direito (AYALA, 2012, p. 330-331).

Fachin; Silva (2012, p. 74-76), defendem a existência de uma sexta dimensão de direitos fundamentais. A água potável, componente do meio ambiente ecologicamente equilibrado, merece ser destacada e alçada a um plano que justifique o nascimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais. O acesso à água potável é um direito fundamental. Nessa condição, ele necessita receber expressa proteção jurídica. Tal proteção deve estar primeiramente na Constituição Federal, porquanto esta é o “locus” específico para abranger tais direitos. Registre-se que a Constituição brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, não inseriu o direito de acesso à água potável expressamente no catálogo específico dos direitos e garantias fundamentais (arts 5º a 17º); contudo esta omissão não impede que o mencionado direito seja compreendido como fundamental.

A inclusão do acesso à água entre os direitos sociais está em análise na Câmara dos Deputados em duas propostas de emenda à Constituição. A primeira denominada PEC nº 39 de 2007 de autoria do Deputado Raimundo Gomes de Matos (PSDB-CE) e outros já foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 01 de abril de 2014 e será analisada por uma Comissão Especial a ser criada para essa finalidade. Em seu texto ela dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal que passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a **água**, o lazer, a segurança, a previdência, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Grifo nosso)

A justificativa da PEC nº 39/2007 é no sentido de que da mesma forma como se reconhece o direito à alimentação, à moradia, ao lazer, à saúde, à educação, o acesso à água potável e de boa qualidade, também, é um direito fundamental porque está intimamente relacionada com o direito à vida. O direito à água é, portanto, um direito humano. A água deve, então, ser, antes de tudo, considerada um bem social e não um bem econômico, porque como bem econômico ela é passível de transações comerciais e o preço poderia se constituir em barreira à utilização desse bem essencial pelos mais pobres ou onerar, significativamente, os orçamentos familiares, comprometendo, assim, a qualidade de vida das pessoas.

Acrescenta ainda que, o direito à água não é, porém, um direito ilimitado. Restringe-se a uma quantidade suficiente para garantir as necessidades básicas da pessoa humana. Estudos efetuados pelo Banco Mundial e Organização Mundial de Saúde sugerem que “a quantidade de água recomendada por pessoa varia entre 20 e 40 litros/dia, não incluindo-se água para cozinhar e para a limpeza básica. Isto significa que cada ser humano teria o direito a receber, pelo menos, 40 litros/dia de água potável, independentemente de qualquer pagamento”. Outros estudos sugerem como “padrão mínimo o fornecimento gratuito de 50 litros/dia, sendo 5 litros para dessedentação, 20 litros para serviços sanitários, 15 litros para banho e 10 para cozinhar”.

A segunda proposta denominada PEC nº 213 de 2012 de autoria da Deputada Jane- te Rocha Pietá (PT-SP) e outros foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 01 de abril de 2014 e será analisada conjuntamente com a PEC nº 39/2007 por uma Comissão Especial a ser criada para esse objetivo. A PEC nº 213/2012 também pretende incluir a água como direito social.

O art. 6º da Constituição Federal passaria a vigorar com o seguinte texto:

Art. 6º. São direitos sociais **o acesso à água**, a educação, a saúde, a ali- mentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência so- cial, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desampara- dos, na forma desta Constituição. (Grifo nosso)

Na exposição de motivos faz abordagem da Constituição Federal que atribui à água a condição de bem estatal, um bem público a que todos têm direito e acesso, porém, a legislação federal será enriquecida com a caracterização da água como um bem de função social. A gestão dos recursos hídricos, como função social para desenvolvimento sustentá- vel, é uma solução que vem sendo apresentada para o uso eficiente. O Brasil tem 12% da água doce mundial, o que significa que temos o maior potencial hídrico do planeta. Esse

fato transfere para nós a responsabilidade de gerir, distribuir e preservar este recurso que é tão almejado por vários povos da Terra. A água é essencial à vida, devendo ser considerado item básico de consumo, um direito social. Com isso deve, ser disponibilizada para todos os cidadãos, potável e com qualidade.

Assevera ainda que, os benefícios do consumo diário de água potável para a saúde são inúmeros. Fonte de energia vital, a água é rica em sais minerais e é considerada o principal hidratante para o corpo, estimulando o bom funcionamento do organismo. O seu tratamento deve ser uma preocupação constante para evitar a presença de elementos nocivos à saúde, a contaminação e o surgimento de doenças. Além do mais, hoje a água é tida como o bem mais precioso e, por meio dela, é que se produzem e se reproduzem todos os elementos essenciais para a existência no planeta.

## 6. Conclusões

1. A água é elemento fundamental para a vida. É um recurso natural, renovável. Ainda, caracteriza-se por ser encontrada de forma abundante na superfície terrestre. No entanto, em várias regiões a escassez de água é crônica. Em outras, há faltas sazonais de recursos hídricos e racionamentos. Além disso, destaca-se entre outros fatores, o aumento progressivo da população e o crescimento dos centros urbanos, que interferem no meio ambiente poluindo as águas, em razão da falta de saneamento básico, infraestrutura e ocupação de áreas irregulares. Também, diante da falta de consciência ambiental, a população desperdiça, cotidianamente, quantia significativa de águas próprias para o consumo das presentes e futuras gerações. Registra-se, ainda, a ausência de gerenciamento e fiscalização dos sistemas legais e administrativos de gestão dos recursos hídricos em esfera local, nacional e supranacional, a partir da inação da comunidade, da sociedade e do poder público, colabora para a diminuição da água potável no mundo e majora os efeitos da crise da água (SANTIN; DALLA CORTE, 2013, p. 26-27).

2. O direito subjetivo à água não é apenas o bastante para sobreviver. O Direito vai além quando resguarda o mínimo existencial. Esse mínimo deve proporcionar uma vida com dignidade. É por isso que o direito humano fundamental abrange o acesso à água em quantidade e qualidade adequadas para uma vida digna (VIEGAS, 2012, p. 16).

3. O conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme disposto no “caput” do art. 225 da Constituição Federal, permite aproximar o ordenamento jurídico brasileiro dos pressupostos indispensáveis à edificação do Estado de direito ambiental que a despeito do seu caráter abstrato e imaginário, não se deve desconsiderar a relevância do paradigma proposto para uma melhor compreensão das novas exigências impostas pela sociedade moderna (LEITE; FERREIRA, 2010, p. 28).

4. A escassez quali-quantitativa de água doce é fato. A gênese da crise hídrica está na postura antropocêntrica. O homem, como único ser racional, vê-se fora do meio ambiente e num plano superior. Os reflexos dessa postura atingem o ser humano, que, ao lado dos demais organismos vivos, sofre com a insuficiência de água ou com sua qualidade deficiente. O acesso à água em quantidade suficiente e qualidade adequada é um direito humano fundamental. A função primordial do Estado é a satisfação do bem-estar social. Dela decorrem suas atribuições mais específicas. Para que a sociedade possa gozar de uma vida digna e com saúde, deve ter acesso adequado à água potável. Nesse ponto, impõe-se um novo paradigma alicerçado com um olhar ecocêntrico para combater adequadamente a crise da água (VIEGAS, 2012, p. 160-161).

5. Os princípios da prevenção e da precaução são igualmente incidentes na gestão da água. A prevenção contra danos ambientais protege os recursos hídricos. Como há uma interligação entre todas as estruturas que compõem o Planeta, qualquer forma de prevenção ambiental contribui ao menos para estabilizar o problema da escassez hídrica (VIEGAS, 2012, p. 163).

## 7. Referências

- ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Água um direito humano fundamental*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2008.
- ATLAS DE SANEAMENTO. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. In: *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE*. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatística/populacao/Atlas\\_saneamento/default\\_zip.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatística/populacao/Atlas_saneamento/default_zip.shtm)> Acesso em: 21 jan. 2015.
- AYALA, Patryck de Araújo. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. São Paulo: Livraria do Advogado. 2012.
- BELLVER CAPELLA, Vicente. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- BIANCHI, Patrícia. *Eficácia das normas ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BORATTI, Larissa Verri. Risco ambiental no espaço urbano: aspectos teórico-jurídicos. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BRASIL. *Agenda 21 brasileira: resultado da consulta nacional / Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional*. 2. ed. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2004.
- BRASIL. Constituição Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 fev. 2015.
- BRASIL. Decreto nº 24643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. Publicado no *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 jul. 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d24643.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm)>. Acesso em 29 dez. 2014.
- BRASIL. Lei nº 9605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 fev. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em 26 mar. 2014.
- BRASIL. Lei nº 9984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 jul. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9984.htm)>. Acesso em 29 dez. 2014.
- BRASIL. Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jul. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm)>. Acesso em 29 dez. 2014.
- BRASIL. Lei nº 10257, de 10 de julho de 2001. Dispõe sobre o Estatuto da Cidade. Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jul. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm)>. Acesso em 29 dez. 2014.
- BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 14 fev. 2015.

- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6402 de 2013. Dispõe sobre a redução no índice de perdas pelas concessionárias ou permissionárias dos serviços públicos de distribuição e abastecimento de água potável, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=592985>>. Acesso em 14 fev. 2015. Texto original.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC nº 39 de 2007. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347951>>. Acesso em 28 jan. 2015. Texto original.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC nº 213 de 2012. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água como um direito social. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=558401>>. Acesso em 28 jan. 2015. Texto original.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.109.778/SC (2008/0282805-2), Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 04.05. 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. Tradução de Claudia Sant'Anna Martins. 1. ed. São Paulo: Gaia, 2010.
- CHRISTOFIDIS, Demetrios. Água e agricultura. In: *Revista Plenarium: os múltiplos desafios da água*. Brasília: Câmara dos Deputados, ano III, nº 3, set. 2006.
- CRUZ, Fernando Castro da. *Das águas: sua importância no novo milênio*. Belo Horizonte: Editora Palpite. 2001.
- DALLA CORTE, Thaís; PORTANOVA, Rogério Silva. A evolução do tratamento jurídico das águas: direito humano e patrimônio comum da humanidade. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato (Coord.). *Direito Ambiental II*. XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

- DECLARAÇÃO de Dublin (1992). Disponível em: <<http://www.meioambiente.uerj.br/emrevista/documentos/dublin.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2014.
- DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação corporativa*. São Paulo: Editora Senac, 2003.
- FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta geração*. São Paulo: Millennium Editora, 2010.
- FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2012.
- FRANCA, Dalvino Troccoli; CARDOSO NETO, Antônio. Água e sociedade. In: *Revista Plenarium: os múltiplos desafios da água*. Brasília: Câmara dos Deputados, ano III, nº 3, set. 2006.
- FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FERRARESI, Priscila. Justiça constitucional e a governança ambiental. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 1, nº 2, jul./dez. 2011.
- FERREIRA, Luciane. Do acesso à água e do seu reconhecimento como direito humano. In: *Revista de Direito Público*, Londrina, vol. 6, nº 1, jan./abr., 2011.
- GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Estado e sociedade nos espaços de governança ambiental transnacional. In: *Revista Direito Econômico Socioambiental*, Curitiba, vol. 2, nº 1, jan./jun. 2011.
- GRAF, Ana Cláudia Bento. A tutela dos estados sobre as águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Águas: aspectos jurídicos e ambientais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Tradução de Héctor Fiz-Fierro. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney. Água: um direito fundamental ou uma mercadoria? In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.) *Congresso internacional de direito ambiental: direito, água e vida*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, vol. 1.

- LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini. Tendências e perspectivas do Estado de direito ambiental no Brasil. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Org.) *Estado de direito ambiental: tendências..* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: MORATO, José Rubens; PERALTA, Carlos E. (Org.) *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica.* São Paulo: Editor Instituto O direito por um planeta verde, 2014.
- LOBEL, Fabrício. Brasil desperdiça 37% da água tratada, aponta relatório do governo federal. In: *Folha de São Paulo.* Publicação datada de: 21 jan. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/01/1578007-brasil-desperdica-37-da-agua-tratada-apon-ta-relatorio-do-governo-federal.shtml>> Acesso em: 21 jan. 2015.
- LOVELOCK, James. *A vingança de gaia.* Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional.* São Paulo: Malheiros, 2002.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MIRANDOLA, Carlos Maurício Sakata; SAMPAIO, Luiza Saito. Universalização do direito à água. In: BARRAL, Walter; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.) *Direito ambiental e desenvolvimento.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito.* Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1997.
- PETRELLA, Riccardo. *O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial.* Tradução de Vera Lucia Mello Joscelyne. Petrópolis-Rio de Janeiro: Vozes, 2002.
- PINTO, Elizabeth Machado. A gestão de recursos hídricos e as interferências do sistema urbano: município de Queimados-RJ. In: *Revista da Universidade Rural de Seropédica.* Rio de Janeiro, nº 1, vol. 29, 2007.
- POMPEU, Cid Tomanik. *Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação.* São Paulo: Escrituras, 1999.
- POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PUREZA, José Manuel. *Tribunais, natureza e sociedade: o direito do ambiente em Portugal.* Lisboa: Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, 1996.

- SANTIN, Janaína Rigo; DALLA CORTE, Thaís. *O direito das águas subterrâneas no Brasil, no Mercosul e na União Europeia: um estudo comparado*. Santa Maria: Editora UFSM, 2013.
- SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. *Município e a gestão hídrica*. Disponível em: <<http://www.ultimaarcadenoe.com/artigo56.htm>>. Acesso em 28 mai. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SETTI, Arnaldo Augusto. *Introdução ao gerenciamento de recursos hídricos*. 3 ed. Brasília: Agência Nacional de Energia Elétrica/Agência Nacional de Águas, 2001.
- STEIGLEDER, Anelise Monteiro. Discricionariedade administrativa e dever de proteção do ambiente. *In: Revista do Ministério do Estado do Rio Grande do Sul*, nº 48, jul.-set. 2002.
- TUNDISI, José Galizia; TUNDISI, Takako Matsumura. *A água*. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2009 (Folha Explica).
- VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *In: Revista de Direito GV*, São Paulo, vol. 4, nº 2, jul.-dez. 2008.
- VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão jurídica da água*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- VIOLA, Eduardo J. Evolução da mudança climática na agenda internacional e transição para uma economia de baixo carbono, 1990-2009. *In: FERREIRA, Heline Sivini; MORATO, José Rubens; BORATTI, Larissa Verri (org.). Estado de direito ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O Estado de Direito Socioambiental e a governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do Poder Judiciário. *In: Revista NEJ - Eletrônica*, vol. 18, nº 2, mai.-ago. 2013.

# IMPACTOS DA SUSTENTABILIDADE E DA NOÇÃO DE VALOR COMPARTILHADO NO GOVERNO DA EMPRESA

---

VINICIUS FIGUEIREDO CHAVES

Doutorando em Direito pela UERJ, na linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA. Membro do grupo de pesquisas CNPq Empresa e Atividades Econômicas. Pesquisa realizada no âmbito do projeto Empresa, Eficiência e Justiça, financiado pela UNESA na forma do Edital Pesquisa e Extensão 2015, modalidade Pesquisa-Produtividade. E-mail: [viniciuschaves@gmail.com](mailto:viniciuschaves@gmail.com)

LEONARDO DA SILVA SANT'ANNA

Doutor em Saúde Pública pela FIOCRUZ. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ, na linha de pesquisa empresa e atividades econômicas. Professor Adjunto de Direito Comercial da UERJ. Membro do grupo de pesquisas.

## Resumo

O objetivo deste artigo é demonstrar os impactos da sustentabilidade e da noção de valor compartilhado no governo da empresa. Parte-se da noção de sustentabilidade como elemento estruturante do Estado Constitucional, um novo paradigma do direito na pós-modernidade, designado por três pilares em torno dos quais a empresa deve se engajar, com repercussão no redimensionamento de sua atuação para criação de valor compartilhado a todo um conjunto de partes interessadas. Em seguida, examinam-se conceitos e abordagens predominantes relacionadas com a questão do governo da empresa, do ponto de vista doutrinário e também no âmbito de organismos internacionais como a OCDE e a ONU. Percebeu-se que a visão tradicional da doutrina sobre o tema do governo da empresa se encontra associada à ideia de solução de conflitos de agência entre titularidade e gestão ou entre majoritários e minoritários. A OCDE e a ONU já consagram algumas diretrizes de princípios de governo de empresa associados às ideias de sustentabilidade e criação de valor compartilhado, mas tais mecanismos são de adesão voluntária, constituindo *soft law*, direito não prescritivo. Conclui-se que a visão tradicional da doutrina é insuficiente para uma efetiva adequação do governo da empresa à sustentabilidade e também para a harmonização dos múltiplos interesses, privados e públicos, que gravitam em torno deste fenômeno.

## Palavras-chave

Sustentabilidade; Valor compartilhado; Empresa; Governo da empresa.

## Abstract

The purpose of this paper is to demonstrate the impacts of sustainability and the concept of shared value in the corporate governance. It starts with the notion of sustainability as a structural element of the constitutional state, a new paradigm of law in post-modernity, based on three pillars on which the company must engage, with repercussions on the resizing of its activities to creating shared value to a range of stakeholders. Then, we examine concepts and prevailing approaches related to the issue of the corporate governance, considering the doctrinal point of view and also within international organizations as OCDE and ONU. It was noticed that the doctrine traditional view of the corporate governance subject the enterprise is associated with the idea of offering solutions to agency conflicts between ownership and management or between majority and minority. OCDE and ONU already provided some guidelines of enterprise principles of governance associated with sustainability and creating shared value ideas, but this kind of mechanisms are voluntary, being soft law, not prescriptive law. We conclude that the traditional view of the doctrine is insufficient for effective fitness of corporate governance to sustainability and also to harmonize multiple interests, public and private, that gravitate around this phenomenon.

## Key words

Sustainability; Shared value; Enterprise; Corporate governance.

## 1. Introdução

Na quadra final do século XX, a sustentabilidade é alçada ao patamar de elemento estruturante do Estado Constitucional, um novo paradigma do direito na pós modernidade<sup>1</sup>. Como tal, passa a ser o pano de fundo de debates que repercutem na compreensão da realidade social, econômica e jurídica. Não mais restrita ao aspecto ambiental ou ecológico, essa discussão atualmente engloba também outras perspectivas como a econômica e a social. Consequentemente, impõe desafios à governança dos atores públicos e privados, dos quais se passou a demandar maior compromisso com a responsabilidade socioambiental.

Foco central destas discussões parece ser a empresa<sup>2</sup>. Tem-se ventilado que, aplicadas as novas perspectivas e dimensões em torno da questão da sustentabilidade, esta encontra-se

- 
- 1 Conforme anotam CRUZ e BODNAR (2011, p. 78), a expressão paradigma não possui um conceito único, vindo a sofrer no campo das ciências sociais influências ideológicas e socioculturais. Para fins do presente trabalho, será adotado o conceito de paradigma formulado pelos próprios autores, qual seja: “o critério de racionalidade epistemológica reflexiva que predomina, informa, orienta e direciona a resolução dos problemas, desafios, conflitos e o próprio funcionamento da sociedade. Trata-se de um referente a ser seguido e que ilumina a produção e aplicação do direito”.
  - 2 Não se utilizará a noção de empresa adotada pelo Código Civil de 2002 (empresa = atividade econômica organizada), considerada restrita diante de sua visão poliédrica. Entende-se a empresa como instituição

diante da necessidade de ampliação de responsabilidades sociais e redefinição de papéis e missão na sociedade, que impõem uma visão mais ampla aos seus relacionamentos, no sentido da incorporação de considerações de ordem social e ambiental aos negócios e operações desenvolvidos. Neste sentido, discute-se se o tema da governança corporativa<sup>3</sup> engloba a necessidade, ou não, de uma adequação às ideias em torno da sustentabilidade e também da noção de criação de valor compartilhado a um conjunto de partes interessadas, para além dos titulares da atividade econômica.

Frente a este problema específico de pesquisa, o presente trabalho assume o objetivo de investigar os eventuais impactos da sustentabilidade e da noção de valor compartilhado na temática do governo da empresa. Por outro lado, questões como a existência de conflitos internos de agência, falhas na apresentação de informações financeiras ao mercado, diminuta participação de conselheiros independentes, falta de representação dos empregados nos conselhos de administração, não incorporação da política de divulgação de informações sobre sustentabilidade etc., demandam que o debate sobre a necessidade de adequação do agir empresarial incorpore também reflexões acerca dos meios regulatórios mais adequados ao tratamento de determinadas matérias. Em última análise, a opção por um direito prescritivo, cogente (*hard law*), ou um direito mais brando, flexível (*soft law*).

A pesquisa se justifica em função do destacado papel que a empresa exerce na sociedade contemporânea, com suas decisões impactando a vida das pessoas, das famílias, dos ecossistemas e de países inteiros. A forma como as empresas são dirigidas tem constituído objeto de debates interdisciplinares, em diversos países do mundo, em que proliferam os chamados códigos de conduta e boas práticas de governança.

A fim de analisar estas questões, a metodologia utilizada foi a pesquisa documental-bibliográfica, por meio de análise de documentos legais, livros e artigos científicos assinados por autores nacionais e internacionais (SEVERINO, 2007), assim como de consultas a sítios eletrônicos de organismos internacionais como a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização das Nações Unidas (ONU).

---

econômico-social, e não como mera expressão de atividade econômica. Para aprofundamento sobre o tema da natureza jurídica da empresa, interessante consultar a obra de LEMOS JÚNIOR (2009), cujo capítulo III expõe algumas das teorias sobre o assunto, como as seguintes visões: i) A empresa como instituição; ii) Teoria de Hauriou; iii) Teoria de Santi Romano; e iv) A empresa como *fattispecie* (atividade).

3 É comum encontrar na doutrina algumas propostas de expressões alternativas ao termo governança corporativa, tais como *governo de empresas*, *governo societário das empresas* e *governança das sociedades comerciais*. A questão será detalhada de maneira mais aprofundada no item 3 do presente trabalho. Para fins desta investigação, será privilegiada a expressão governo da empresa, que engloba a noção de atividade, mas a ela não se restringe. Da mesma forma, encampa a noção de sociedade, mas a ela não se encontra adstrita (na medida em que há empresas não societárias). Termos como *governo societário das empresas* e *governança das sociedades comerciais*, considerada, por exemplo, a realidade brasileira, não englobariam formas de organização jurídicas como a EIRELI (entende-se, diferente de parte respeitável da doutrina brasileira, que a empresa individual de responsabilidade limitada não é uma sociedade, embora seja pessoa jurídica e, como tal, apta a exercer direitos e contrair obrigações independentemente da pessoa de seu titular).

## 2. A Sustentabilidade: Do Ecodesenvolvimento a uma Perspectiva Ampliada, com Impacto na Redefinição dos Papéis dos Atores Sociais

A ideia de sustentabilidade “ganha corpo e expressão política na adjetivação do termo desenvolvimento, fruto da percepção sobre uma crise ambiental global” (NASCIMENTO, 2012, p. 52). As primeiras referências ao desenvolvimento surgem na década de cinquenta do século passado, a partir da percepção, pela humanidade, da existência de um risco comum decorrente de um processo de degradação ambiental (CHAVES; FLORES, 2015, p. 3). A partir de então, ambos os assuntos passam a ser discutidos no âmbito político e também acadêmico.

Naquele tempo, a noção de sustentabilidade se encontrava ancorada somente ao indicador meio ambiente, o chamado *ecodesenvolvimento*<sup>4</sup>. À época, tal perspectiva, hoje considerada limitada, justificava-se diante dos impactos causados pelos estudos e conclusões do chamado Clube de Roma – no sentido do reconhecimento da necessidade de imposição de limites ao crescimento em função da já constatada degradação ambiental e escassez dos recursos ambientais -,<sup>5</sup> e especialmente em face da preocupação com a realização de inúmeros testes nucleares entre os anos de 1945 e 1962, que culminaram em chuvas radioativas sobre os países nórdicos e acabaram por levar a Suécia, em 1968, a propor às Nações Unidas a realização de uma conferência a nível mundial, para discussões com vistas à redução da emissão dos elementos então compreendidos como responsáveis pelas chuvas ácidas (NASCIMENTO, 2012, p. 53).

Este encontro veio a ocorrer em 1972, em Estocolmo, a I Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano (CNUMAH). O documento final da Conferência, a Declaração de Estocolmo, em seus Princípios, preceituava ao homem a “[...] solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”, reconhecendo simultaneamente que “nos países em desenvolvimento, a maioria dos problemas ambientais estão motivados pelo subdesenvolvimento” e que, neste sentido, “milhões de pessoas seguem vivendo muito abaixo dos níveis mínimos necessários para uma existência humana digna [...]”. Portanto, prescrevia que os “países em desenvolvimento devem dirigir seus esforços para o desenvolvimento, tendo presente suas prioridades e a necessidade de salvaguardar e melhorar o meio ambiente”.

Com o tempo, a compreensão de sustentabilidade ancorada somente no indicador meio ambiente foi deslocada também para outros eixos mais abrangentes. Tal como

4 Sobre o ecodesenvolvimento, oportuno destacar a lição de MONTIBELLER FILHO (1993, p. 133): “O econdesenvolvimento pressupõe, então, uma solidariedade sincrônica com a geração atual, na medida em que desloca a lógica da produção para a ótica das necessidades fundamentais da maioria da população; e uma solidariedade diacrônica, expressa na economia de recursos naturais e na perspectiva ecológica para garantir às gerações futuras as possibilidades de desenvolvimento”.

5 Os trabalhos e conclusões do Clube de Roma ensejaram a publicação da obra *Limits to growth*. MEADOWS, D. H. et al. *The limits to growth*. New York: Universe Books, 1972.

destaca FEITOSA (2009, p. 33-34), a sustentabilidade não se baseia mais somente num sentido restrito ou ecológico, sendo que “o marco desta compreensão é o relatório da Comissão Mundial da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), de 1987, intitulado ‘*Our Common Future*’<sup>6</sup>. Já naquele momento, a ampliação de perspectivas em torno do conceito de desenvolvimento<sup>7</sup> podia ser percebida mediante a vinculação do termo à ideia de satisfação de necessidades presentes sem comprometimento da garantia das mesmas possibilidades às gerações futuras, indicando também a perspectiva de um olhar intergeracional, aspecto da solidariedade que denota uma dimensão ética.

Após o Relatório *Brundtland*, o conceito de desenvolvimento sustentável foi posto no centro dos debates internacionais especialmente por ocasião da chamada “Cúpula da Terra”, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. O encontro aconteceu no Rio de Janeiro, em 1992, e reuniu um total de 178 nações. Ao seu final, foi editado um plano de ação global conhecido como Agenda 21, que traçava um programa comum em torno de alguns alicerces do desenvolvimento sustentável, “para atender equitativamente as necessidades, em termos de desenvolvimento e de ambiente, das gerações atuais e futuras”.

Outro acontecimento marcante a nível mundial foi a Cúpula Mundial do Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2002, em Johannesburgo, onde restaram reafirmados compromissos assumidos com o desenvolvimento sustentável, inclusive a construção de uma sociedade global, humanitária, equitativa e solidária, através da ratificação de metas anteriormente assumidas para a proteção do meio ambiente e das metas estabelecidas na Agenda 21 (MARIANO, 2012, p. 29). Todos esses marcos históricos foram importantes para que a ideia de sustentabilidade passasse a ser composta por três indicadores: atividade econômica, meio ambiente e bem estar da sociedade<sup>8</sup>.

A partir dessa concepção expandida, a sustentabilidade passa a ser apontada como um “novo paradigma secular, do gênero daqueles que se sucederam na gênese e

6 Também conhecido como “Relatório Brundtland”, em homenagem à então primeira ministra da Noruega, *Gro Harlem Brundtland*, responsável por presidir a Comissão, instalada em 1983.

7 Embora não sejam poucos os autores que reconhecem a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável como sinônimos, para LACERDA, ROSA e FERRER (2014, p. 1204) sustentabilidade e desenvolvimento sustentável são termos que não se confundem, embora a sustentabilidade venha ganhando espaço crescente nos discursos sobre o desenvolvimento. Segundo os autores (p. 1213-1214), somente ao assumir e substituir o paradigma até então predominante, do crescimento, o adjetivo sustentável incorpora o objetivo de crescimento e pode passar a ser tratado como desenvolvimento sustentável.

8 Há autores que referenciam outras dimensões, tal como SACHS (1993), que aponta cinco: i) Sustentabilidade Social; ii) Sustentabilidade Econômica; iii) Sustentabilidade Ecológica; iv) Sustentabilidade Espacial; e iv) Sustentabilidade Cultural. Já Gabriel Real Ferrer, Maikon Cristiano Glasenapp e Paulo Márcio Cruz (2014, p. 1456), descrevem que a sustentabilidade pode ser entendida em dois sentidos – restrito e amplo –, sendo que neste último apresentaria seis dimensões: i) Ecológica; ii) Econômica; iii) Social; iv) Cultural; v) política-jurídica; e vi) Tecnológica. Neste artigo seguiremos trabalhando com o conceito tridimensional, devido à crença de que cada um dos três elementos pode englobar outros, sem necessidade de ampliação desta configuração.

desenvolvimento do constitucionalismo”, como foram o humanismo, a questão social e a democracia social, respectivamente nos séculos XVIII, XIX, XX (CANOTILHO, 2010, p. 8). Este novo paradigma do direito – indutor de pautas axiológicas em diversos níveis<sup>9</sup>, dotado de múltiplas faces<sup>10</sup>, impõe complexos desafios à governança pública e privada, com reflexos diretos na necessidade de redefinição de papéis dos atores sociais diante de um novo conjunto mais amplo de perspectivas e expectativas.

### 3. Empresa, Stakeholders e Valor Compartilhado

*“Lucro e respeito à lei contam, mas são apenas parte da história”.*

Ricardo Abramovay

Diante desta concepção expandida em torno da noção de sustentabilidade, tem sido ventilado que o mundo precisa de uma nova economia, uma vez que a maneira atual de organização de recursos, embora tenha favorecido uma crescente prosperidade material, supostamente não atende ao objetivo maior de contribuir para a ampliação de liberdades substantivas dos seres humanos como um todo, assim como põe em cheque – destruição ou séria ameaça – nada menos do que 16 dos 24 serviços prestados pelos ecossistemas (ABRAMOVAY, 2012, p. 15). Um dos grandes desafios dessa reflexão “é que formular objetivos para o sistema econômico que não dependam fundamentalmente de sua expansão permanente significa também formular metas para as firmas que alterem o sentido da ação empresarial e as medidas de sua eficiência” (ABRAMOVAY, 2012, p. 17). Em outras palavras, a emergência desta nova economia traz à reboque a igualmente necessária redefinição dos papéis dos agentes sociais, dentre os quais as empresas, no sentido da adoção dos chamados comportamentos sustentáveis, orientados para a harmonização entre aspectos econômicos, sociais e ambientais, e não apenas pelo escopo de lucro no curto prazo. Neste sentido, opera-se a inclusão dos atores privados na busca do desenvolvimento sustentável.

De fato, dada a sua presença - muitas vezes global -, poder econômico e mobilidade, incluir as empresas enquanto agentes promotores do desenvolvimento sustentável constitui caminho natural e inexorável (PINHEIRO, 2012, p. 25). No caso específico da empresa, trata-se de uma visão mais ampla dos relacionamentos empresariais, no sentido da incorporação de considerações de ordem social e ambiental aos negócios e operações

9 No mesmo artigo referenciado na nota acima, FERRER, GLASENAPP e CRUZ (2014) apontam corretamente a sustentabilidade como um novo paradigma para o direito.

10 A sustentabilidade, fenômeno de muitas faces, foi assim acertadamente tratada na obra “A Sustentabilidade Ambiental em suas Múltiplas Faces” (FLORES, 2012). Algumas das múltiplas faces da sustentabilidade foram discutidas em inúmeros capítulos que tangenciam a governança de atores públicos e privados.

desenvolvidos, com a ética ocupando posição central nas decisões e estratégias. Os referidos alicerces indicam que a missão da empresa deve aliar engajamento ecológico, econômico e social, que considere não apenas o sentido de sua existência, sua razão de ser e sua legitimidade, mas também sua finalidade (LAVILLE, 2009, p. 160).

A empresa desempenha um papel central na sociedade, com suas decisões impactando a vida das pessoas, das famílias, dos ecossistemas e de países inteiros (MACKEY; SISODIA, p. 283). É natural, portanto, que lhe seja dirigida um conjunto de expectativas, em função de sua capacidade de contribuir positiva ou negativamente para o desenvolvimento sustentável. Embora atualmente venha se consolidando a ideia de que tais expectativas não podem ser ignoradas, por muito tempo, o foco excessivo na maximização de resultados econômicos de curto prazo aos *shareholders* (sócios / acionistas) acabou por gerar um contexto de crise no relacionamento das empresas com a sociedade. Esta concepção, segundo relata TEIXEIRA (2010, p. 226), acorrentou o referido instituto à crise epistemológica do modelo de desenvolvimento utilizado no século XX, então pautado em crescimento econômico apenas quantitativo e acumulativo. Segundo a autora, o modelo em questão decorreu da dissociação entre a humanidade (sociedade), suas organizações e o meio ambiente e acarretou reflexos no desalinhamento entre os interesses da sociedade e os de suas instituições, especialmente o Estado e as empresas (estas focadas somente em resultados econômicos de curto prazo).

Diante daquele cenário, passou-se a sustentar a necessidade de harmonização dos interesses particulares com compromissos sociais, em face da consolidação da ideia de que as empresas não desenvolvem suas atividades num vácuo social, mas sim diante de questões fundamentais como expectativas, valores, matrizes sociais e processos comunicacionais mais amplos com a sociedade. Nesta esteira, tal como descrevem SEN e KLIKSBERG (2010, p. 362-364), as ideias acerca do papel a ser desempenhado pelas empresas privadas na sociedade contemporânea se modificaram aceleradamente nos últimos anos, passando de uma visão que defendia a geração de lucro para seus proprietários – somente a quem deveriam prestar contas – como a sua única responsabilidade, a uma perspectiva que vai muito além, promovendo uma ruptura paradigmática em relação às concepções anteriores, no sentido de considerá-las com alta responsabilidade social<sup>11</sup>. Neste sentido, fala-se na necessidade de ampliar responsabilidades sociais e redefinir o papel e missão das empresas na sociedade (ARNOLDI; MICHELAN, 2000, p. 159).

---

11 Importante ressaltar que a questão da responsabilidade social se encontra relacionada à ideia de “integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na sua interação com a comunidade” (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 46), diferenciando-se da noção de função social.

O advento do conceito de *stakeholders*<sup>12</sup> foi fundamental para o surgimento de uma nova visão para a atuação das empresas. Em tradução não literal, o termo tem sido usado para definir um conjunto de “partes interessadas” direta ou indiretamente afetadas pelas atividades econômicas exercidas pela empresa, tais como: empregados, consumidores, comunidade, meio ambiente, entre outros. Tal visão é pautada no entendimento de que as empresas devem criar o maior valor possível para todas as “partes interessadas”.

Conforme ensina FREEMAN (2010, p. 24-26), contesta-se a visão tradicional da firma<sup>13</sup>, baseada na premissa de que a maximização de lucros para sócios e acionistas seria a sua única finalidade, assumindo-se a noção de que as empresas devem criar o maior valor possível para todo um conjunto mais ampliado de partes interessadas, não somente para os titulares da atividade econômica. Segundo o autor,

*In the traditional view of the firm, the shareholder view, the shareholders or stockholders are the owners of the company, and the firm has a binding financial obligation to put their needs first, to increase value for them. However, stakeholder theory argues that there are other parties involved, including governmental bodies, political groups, trade associations, trade unions, communities, financiers, suppliers, employees, and customers. Sometimes even competitors are counted as stakeholders – their status being derived from their capacity to affect the firm and its other stakeholders.*

A ampliação e desenvolvimento de estudos sobre a teoria dos *stakeholders* fez com que se passasse a constatar a doutrina de criação de valor somente para os *shareholders* ou *stockholders* (sócios/acionistas) - que vê a empresa como um instrumento cujo único propósito é a perseguição de resultados econômicos, movida por interesses exclusivos de agentes racionais que maximizam utilidades -, que assim passa a ser considerada como um mito (STOUT, 2012).

Floresce, a partir daí, a noção de criação de valor compartilhado (PORTER; KRAMER, 2011): a ação das empresas não pode ser voltada somente para o desempenho econômico-financeiro, especialmente o de curto prazo. Deve contemplar também os direitos de todas as partes interessadas, uma redefinição de suas finalidades que permita uma maior contribuição para a realização do desenvolvimento e para a sustentabilidade. A empresa, desse modo, trata-se de “*mucho mas que una entidad simplemente económica*,

12 O conceito de *stakeholders* foi abordado no artigo *Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance*, publicado em 1983 pela *California Management Review*. Segundo os autores, o próprio R. Edward Freeman, em coautoria com David L. Reed, o termo fora veiculado antes, em 1963, em memorando interno da *Stanford Research Institute*, como referência a “aqueles grupos sem cujo apoio a organização não existiria”.

13 Firma é um termo utilizado frequentemente pelas teorias econômicas como sinônimo de empresa. Deve-se ressaltar que, no Brasil, no plano jurídico, firma consiste numa das modalidades de nome empresarial.

*transformada en una institución con gran peso a nivel social* (ANDRÉS; PIMENTEL, 2005, p. 37).

#### 4. Empresa e Governança: As Visões Tradicionais da Temática do Governo da Empresa

Atualmente, a forma como as empresas são dirigidas tem constituído objeto de debates nos mais variados quadrantes, tal como na administração, na economia e no direito<sup>14</sup>. De fato, as práticas de governança geram uma gama de opiniões de diversos grupos de partes interessadas, investidores, instituições de mercado, e também de autoridades reguladoras e legisladores (MAHONEY, 2007, p. 191).

De uma forma geral, o tema é desigando por intermédio da expressão *governança corporativa*, que consiste numa tradução literal do termo *corporate governance*. Embora seja corrente a utilização do referido anglicismo, muitas críticas lhe são formuladas, especialmente nos países de língua portuguesa, em que normalmente se lhe objeta o uso<sup>15</sup>. Neste sentido, é também comum encontrar na doutrina algumas propostas de expressões alternativas ao termo, tais como as formuladas por WALD (2002, p. 53) - que se refere a *governo de empresas* -, SILVA (2009, p. 40) - *governo societário das empresas* -, e ABREU (2010) - *governança das sociedades comerciais*.

Para além das controvérsias em torno da eleição de expressões mais ou menos adequadas, a questão mais importante parece o entendimento sobre o que venha a ser governança, assim como os seus propósitos. Desde o clássico trabalho de BERLE e MEANS (1932), considerado seminal nas discussões sobre o tema, a governança tem sido apresentada primordialmente como um conjunto de medidas voltadas à solução de problemas de agência entre titularidade e gestão, ou também entre titulares majoritários e minoritários do capital social.

A manifestação mais expressiva deste ponto de vista sobre a existência de conflitos entre titularidade e gestão<sup>16</sup> se desenvolveu especialmente a partir da publicação da obra

14 Tradicionalmente, as discussões sobre o tema da governança têm abarcado exclusivamente o tipo societário conhecido como sociedade anônima. Não obstante o reconhecimento da grande relevância da sociedade anônima, o presente trabalho buscará enfrentar o tema do governo da empresa de uma maneira mais geral, considerando, mas não se restringindo, ao tipo societário em questão.

15 WALD (2002, p. 54) destaca que, para além do respeito à língua portuguesa, deve também ser observado que o termo governança corporativa pode levar a uma associação equivocada de ideias. Segundo o autor, as noções de empresa e de sociedade anônima não comportam as características das corporações (estas últimas ligadas a categorias profissionais), e o uso do termo corporativo(a) aproxima da noção da prevalência de interesses de um grupo ou de uma classe, devendo ser rechaçado.

16 A discussão, inicialmente travada em contextos de países em que há grande dispersão acionária, alastra-se em seguida também para outras realidades onde, em sua maioria, uma pessoa ou pequenos grupos de

de JENSEN e MECKLING (1976, p. 307-308), na qual os autores - tendo como objeto de análise a sociedade anônima no contexto americano, caracterizado pelo fenômeno da dispersão acionária - definem a relação de agência como uma espécie de contrato em que uma ou mais pessoas, na condição de principais, designam poderes de decisão para o (s) agente (s), ou seja, uma ou mais pessoas encarregadas de executar serviços de gestão em benefício dos principais. No bojo desta relação, diante da dificuldade de alinhamento de interesses nem sempre coincidentes, surge a necessidade de monitoramento dos agentes pelos principais, gerando assim uma série de custos – os chamados custos de agência -, influenciados por diversos fatores.

Segundo WALD (2002, p. 55), a noção de governo da empresa se encontra atrelada ao estabelecimento do Estado de Direito na empresa e se refere à organização e à dinâmica dos poderes, passando também pela adequada definição dos órgãos sociais e das respectivas competências, bem como pela questão dos direitos e deveres dos vários acionistas. Para o autor, o governo se encontra associado à ideia de institucionalização da empresa, que se opera pela regulamentação de sua estrutura administrativa, corporificada no conjunto de medidas que assegura o funcionamento eficiente, rentável e equitativo das empresas. Neste sentido, deve assegurar a prevalência do chamado interesse social sobre eventuais interesses particulares dos acionistas, sejam eles controladores ou não.

Nas palavras de LOBO (2006, p. 141), governança corporativa consiste no conjunto de normas, consuetudinárias e escritas, tanto de cunho jurídico quanto ético, que regulam os deveres de cuidado, diligência, lealdade, informação e não intervir em qualquer operação em que tiver interesse conflitante com o da empresa. Regulam, igualmente, o exercício das funções, atribuições e poderes dos membros dos órgãos da sociedade como o conselho de administração, a diretoria executiva e o conselho fiscal, assim como dos auditores externos. Por fim, destaca que tal regulação se estende ao relacionamento destes membros entre si e com a própria sociedade, seus acionistas e o mercado em geral.

Por sua vez, SILVA (2013, p. 63) destaca que o governo das sociedades propõe evitar os problemas de agência que surgem da separação da propriedade e do controle e também aqueles relativamente aos acionistas majoritários e minoritários. Descreve que há também a finalidade de melhorar a confiança dos investidores, medida necessária para o adequado funcionamento de uma economia de mercado, assim como a própria eficiência econômica e o crescimento.

---

peças detêm a titularidade da maior parte das ações de uma sociedade anônima, o que lhes garante a condição de acionistas majoritários, em convívio com os titulares de participações menos expressivas no capital, os chamados acionistas minoritários.

Vale também apontar a noção de governança empregada por instituições de mercado. Como exemplo, destaca-se o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC<sup>17</sup> - (2009, p. 19), que atrela o governo da empresa à ideia de sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, e que envolve um conjunto de relacionamentos internos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle. Preza-se o alinhamento de interesses à nível interno e a conversão de princípios em recomendações objetivas, com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, o que facilitaria seu acesso ao capital e contribuiria para a sua longevidade.

Percebe-se, em todas as definições, uma preocupação *interna corporis* relacionada à ideia da existência de conflitos de interesses no âmago da empresa, entre os titulares de participação majoritária e minoritária e os membros de órgãos internos. Em que pese a necessidade de consolidação de um sistema capaz de acomodar atividade econômica, meio ambiente e bem estar da sociedade, não se vislumbra a questão da incorporação da sustentabilidade e da noção de criação de valor compartilhado.

Nas visões tradicionais sobre o tema do governo da empresa, os *stakeholders* – e, conseqüentemente, a ideia de um feixe de interesses privados e públicos, cuja harmonização é necessária –, normalmente são postos à margem, ou mesmo encontram-se inseridos ao debate, mas em análises de cunho meramente estratégico, que englobam apenas as conexões da governança para com o desempenho financeiro (ATKINSON; WATHERHOUSE, 1997).

## 5. Princípios da OCDE sobre Governo das Sociedades

Os Princípios da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE<sup>18</sup> (2004, p. 17-25) sobre governo de sociedades<sup>19</sup> visam constituir ferramenta de auxílio no sentido da avaliação e melhora do enquadramento legislativo, institucional e regulamentar no âmbito da governança das sociedades nos respectivos países membros, assim como proporcionar linhas de orientação para atores como bolsas de valores,

17 O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, fundado em novembro de 1995 (na época, como Instituto Brasileiro de Conselheiros de Administração (IBCA), é uma organização sem fins lucrativos dedicada à promoção da governança corporativa no Brasil, fomentador de práticas e discussões sobre o tema.

18 A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico é um organismo composto por 34 países membros, que reúne países industrializados e também emergentes, com intuito de intercâmbio de informações e alinhamento de políticas, com o objetivo de potencializar o crescimento econômico e assim colaborar com o desenvolvimento de todos os membros. A OCDE manifesta preocupação especial com o tema da governança, tendo inicialmente desenvolvido e publicado, em 1999, os Princípios da OCDE sobre o Governo das Sociedades, que em seguida foram revistos e republicados, em 2004. Registre-se que o Brasil não é membro da OCDE, mas junto com China, Índia, Indonésia e África do Sul é considerado parceiro-chave.

19 Optou-se pela referência fiel ao termo *governo das sociedades*, utilizado no âmbito da OCDE.

investidores, empresas e outras partes relacionadas ao tema das boas práticas de governo societário.

Todos os seis (6) princípios se encontram estruturados em torno da ideia geral de *enquadramento do governo das sociedades*. De com o primeiro princípio - assegurar a base para um enquadramento eficaz do governo das sociedades -, deve-se promover mercados transparentes e eficientes, em conformidade com o princípio do primado do direito, com articulação clara da divisão de responsabilidades entre diferentes autoridades encarregadas pela regulação e aplicação das leis. O segundo princípio - os direitos dos acionistas e funções fundamentais do seu exercício - deve proteger e facilitar o exercício dos direitos dos accionistas. O terceiro princípio - o tratamento equitativo dos acionistas - deve assegurar tratamento equitativo de todos os acionistas, incluindo os minoritários e estrangeiros, os quais devem ter a oportunidade de obter reparação efetiva por violação dos seus direitos. O quarto princípio - o papel dos outros sujeitos com interesses relevantes no governo das sociedades -, deve acautelar direitos legalmente consagrados, ou também aqueles estabelecidos através de acordos mútuos, que contemplem outros sujeitos com interesses relevantes na empresa; deve encorajar uma cooperação ativa entre as sociedades e esses sujeitos, seja na criação de riqueza e de emprego, como também na manutenção sustentada de empresas financeiramente saudáveis. O quinto princípio - divulgação de informação e transparência -, deve assegurar a divulgação prévia e objetiva de todas as informações relevantes relativas à sociedade, especialmente quanto à situação financeira, desempenho, participações sociais e governo da empresa. Por fim, o sexto e último princípio - as responsabilidades do órgão de administração -, deve assegurar a gestão estratégica da empresa, que contemple e permita acompanhamento e fiscalização eficazes da gestão pelo órgão de administração, com a consequente responsabilização perante a empresa e os seus acionistas.

Verifica-se que, dentre os princípios acima – que corporificam iniciativa cuja adesão é voluntária por parte das empresas, consituindo assim mecanismo de *soft law*<sup>20</sup>, sem vinculação jurídica - há a preocupação com a temática dos conflitos internos, mas também referências expressas a questões como a transparência, responsabilidade e contemplação de outros sujeitos com interesses relevantes na empresa.

## 6. Pacto Global da Organização das Nações Unidas

No âmbito das Nações Unidas, estabeleceu-se o Pacto Global da Organização das Nações Unidas (ONU), iniciativa em torno da ideia de alinhamento das operações e estratégias das empresas a princípios universalmente aceitos em quatro grandes áreas: direitos humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção<sup>21</sup>.

20 *Soft law* indica direito brando, flexível; por sua vez, *hard law* consiste num direito prescritivo, cogente.

As diferenças mais marcantes sobre os termos serão tratadas no item 7 do trabalho.

21 Disponível em: <<http://www.unglobalcompact.org>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

O Pacto objetiva constituir-se como uma estrutura capaz de promover e auxiliar no desenvolvimento, implementação e divulgação de políticas e práticas de sustentabilidade, auxiliando assim o aperfeiçoamento dos modelos de gestão empresariais, através do seu alinhamento à temática da sustentabilidade.

Foram eleitos dez diferentes princípios, sendo dois na área de direitos humanos, quatro relativos a questões ligadas ao trabalho, três relacionados ao meio ambiente e um princípio de combate à corrupção<sup>22</sup>. Tais princípios são baseados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

O Pacto congrega iniciativas interessantes no que diz respeito à assunção de “compromissos”<sup>23</sup> de implementação, divulgação e promoção dos princípios, constituindo incentivo para a integração dos mesmos à estratégia e à cultura organizacional das empresas, aos processos de tomada de decisões, a tomada de medidas de apoio às questões e objetivos mais amplos da ONU, a divulgação pública de informes ou relatórios contendo descrição de como vêm sendo adotados os princípios, assim como a divulgação e defesa da causa do Pacto Global em favor de práticas empresariais mais responsáveis.

É oportuno frisar que, tal como em relação aos Princípios da OCDE, o Pacto Global se trata de uma iniciativa cuja adesão é voluntária por parte das empresas, consistindo também um mecanismo de *soft law*, sem vinculação jurídica.

## 7. Os Impactos da Sustentabilidade e da Noção de Valor Compartilhado no Governo da Empresa

Particularmente nas últimas duas décadas, o tema da sustentabilidade passou a integrar a pauta de discussões sobre as empresas e o seu governo<sup>24</sup>.

22 Princípios: 1) As empresas devem apoiar e respeitar a proteção dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente; 2) Certificar-se de que não são cúmplices em abusos de direitos humanos; 3) As empresas devem defender a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; 4) A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório; 5) A erradicação efetiva do trabalho infantil; 6) A eliminação na discriminação no emprego e ocupação; 7) As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva sobre os desafios ambientais; 8) Desenvolver iniciativas a fim de promover maior responsabilidade ambiental; 9) Incentivar o desenvolvimento e a difusão de tecnologias ambientalmente sustentáveis; 10) As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina.

23 Ver parágrafo seguinte, onde será explicitada a natureza não vinculativa destes compromissos.

24 Desse contexto de mudanças relacionadas às noções de acomodação de interesses particulares e compromissos sociais, emergem imperativos como a transparência, ou seja, “a ideia de que a empresa não apenas se compromete, mas também aceita prestar contas quanto à maneira pela qual honra seus compromissos” (LAVILLE, 2009, p. 27-28). Neste sentido, a demonstração do comportamento da empresa perante o

Como visto nos dois tópicos anteriores, o debate se insere no âmbito de preocupação de algumas importantes organizações internacionais, como a OCDE e a ONU, e também em inúmeros países. Neste ponto, importante destacar que o documento final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, em seu parágrafo 13, reconhece participação central da iniciativa privada e das empresas no desenvolvimento sustentável, que *“solo se puede lograr forjando una alianza amplia entre las personas, los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado, trabajando juntos a fin de lograr el futuro que queremos para las generaciones presentes y futuras”*.<sup>25</sup> De acordo com esta concepção, a empresa é entendida como um ator social indispensável à realização do desenvolvimento com sustentabilidade.

De fato, a coerência e compatibilidade entre discurso e práticas empresariais devem encontrar no governo da empresa um efetivo instrumento. Trata-se de um importante mecanismo para alinhar a gestão empresarial aos imperativos da sustentabilidade e às

---

seu conjunto de públicos e toda a sociedade engloba a discussão sobre a necessidade de divulgação pública de relatórios que evidenciem suas performances sociais e ambientais, assim como do impacto de suas atividades e eventuais medidas de prevenção. Em outras palavras, os seus informes ou relatórios sobre sustentabilidade, documentos demonstrativos de um conjunto de práticas empresariais, que divulgam publicamente o desempenho econômico, ambiental e social do relator. Em nível mundial, a “Global Reporting Initiative” (GRI) é uma organização internacional que promove uma série de diretrizes e parâmetros para a elaboração de relatórios sobre sustentabilidade, estabelecendo princípios e indicadores para a medição e comunicação do comportamento e desempenho das organizações. Atualmente, a estrutura da GRI é utilizada por organizações do mundo inteiro como referencial para a elaboração dos informes sobre sustentabilidade. Quanto ao conteúdo dos relatórios, são evidenciados, além do desempenho econômico, ambiental e social, questões como práticas trabalhistas e trabalho decente, direitos humanos, sociedade (enfocam os impactos que as organizações geram nas comunidades em que atuam e como os riscos de sua interação com outras instituições são geridos e mediados) e responsabilidade pelo produto. Disponível em: <<http://www.globalreporting.org/resourcelibrary/Brazil-Portuguese-G3-Reporting-Guidelines.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2015. No Brasil, não há uma obrigação legal no sentido da divulgação de informes ou relatórios sobre sustentabilidade. Embora exista uma recomendação da BMFBOVESPA - instituição administradora do mercado de valores mobiliários brasileiro, estimulando a publicação, tal documento se caracteriza eminentemente como direito não prescritivo, ou seja, recomendação proveniente de mecanismos de soft law, também conhecidos como soft norm ou droit doux. Deve-se ressaltar que tais recomendações não constituem norma jurídica, ou seja, os referidos textos não estabelecem obrigações de direito positivo e seus dispositivos não são cogentes. Na Europa, uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, número de referência COM (2013) 207, engloba uma proposta no sentido de obrigar grandes empresas a divulgarem informações não financeiras relevantes. A partir de duas resoluções do Parlamento Europeu, intituladas “Responsabilidade social das empresas: comportamento responsável e transparente das empresas e crescimento sustentável” e “Responsabilidade social das empresas: promoção dos interesses da sociedade e via para uma retoma sustentável e inclusiva”, reconheceu-se a necessidade de melhorar a transparência da informação social e ambiental, elemento considerado indispensável para a responsabilidade social das empresas. Deve-se registrar, contudo, que a proposta ainda se encontra em tramitação, não constituindo obrigação legal. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/registre/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/com/2013/0207/COM\\_COM\(2013\)0207\\_PT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2013/0207/COM_COM(2013)0207_PT.pdf)>. Acesso em: 15 mai. 2015.

25 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável. Parágrafo 13. Disponível em: <<http://www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/13/PDF/N1147613.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

ideias em torna da noção de valor compartilhado. Por outro lado, muitas empresas, especialmente quando da divulgação de missão, visão e valores, têm se autoprotelado “sustentáveis” - o mesmo na divulgação pública de seus relatórios sobre sustentabilidade -, mas na prática engendram uma série de ações diametralmente opostas aos imperativos da sustentabilidade e também da noção de criação de valor compartilhado<sup>26</sup>. Em que pese a necessidade de consolidação de um sistema capaz de acomodar atividade econômica, meio ambiente e bem estar da sociedade, a sustentabilidade e a noção de valor compartilhado, embora frequentemente presentes no discurso, parecem ainda pendentes de incorporação efetiva à prática do governo da empresa.

Os paradigmas da sustentabilidade e da noção de valor compartilhado devem impactar efetivamente no governo da empresa, no sentido do alinhamento de uma série de questões como aquelas propostas no Princípios da OCDE e no Pacto Global, entre outras como: i) políticas de pessoal que respeitem os direitos dos colaboradores das empresas e que favoreçam o seu desenvolvimento enquanto seres humanos, através do oferecimento de condições dignas de trabalho e remuneração, possibilidades de progresso na carreira e programas de capacitação para treinamento contínuo; ii) arranjos internos que garantam aos acionistas, especialmente os minoritários, possibilidade de participação ativa nos rumos dos negócios, com instâncias diretivas que lutem para abolir/amenizar os eventuais conflitos de interesses; iii) jogo limpo e transparente com os consumidores de produtos e serviços, com oferta de produtos e serviços de boa qualidade e com preços razoáveis; iv) políticas de proteção ao meio ambiente e engajamento na agenda mundial diante deste campo, contribuindo a nível local, regional, nacional ou mesmo internacional.

A visão acima se encontra presente na doutrina de BENN e DUNPHY (2007), segundo os quais o estudo do tema do governo da empresa deve estar alinhado com suas ligações com performance social e sustentabilidade. O mesmo se diga em relação a VAZ (2011, p. 19), para quem é necessário compreender que as principais questões que se

---

26 Uma ação que, no âmbito brasileiro, pode ser apontada como contrária à ideia em questão é a formulação, por determinadas empresas, das chamadas “listas sujas” de empregados. Em alguns casos, reveladores de um agir dissociado da mesma, dados constantes de informações processuais sobre reclamações trabalhistas ajuizadas são divulgados e levam outros empregadores a dispensar ou não admitir empregados que tenham recorrido ao Judiciário com demandas sobre eventuais direitos trabalhistas. Exemplo paradigmático foi o da Companhia Vale. Por ter criado uma “lista suja” com nomes e informações sobre empregados que ajuizaram reclamações trabalhistas contra ela, foi condenada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no importante de R\$800.000,00 (oitocentos mil reais), a serem revertidos ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, após ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho. A empresa foi condenada pela 12ª Vara do Trabalho de Vitória/ES, decisão que foi mantida pelo Tribunal local e também pela Quinta Turma do TST (Recurso de Revista nº 103600-95.2006.5.17.0012). A reiterada prática das “listas sujas” levou o Conselho Superior da Justiça do Trabalho a editar a Resolução nº 139, de 24 de junho de 2014, que dispõe sobre medidas a serem adotadas pelos Tribunais Regionais do Trabalho com a finalidade de impedir ou dificultar a busca de nomes de empregados para a composição das referidas listas.

colocam no domínio do governo da empresa dizem respeito, essencialmente, aos mecanismos de repartição desse poder, do controle e das responsabilidades internas, mas sem deixar de descuidar dos demais interesses de outras partes, os *stakeholders*, interesses estes que também gravitam em torno da empresa e devem ser harmonizados com os interesses dos titulares da atividade econômica e com os da própria empresa.

A incorporação de questões como a sustentabilidade e a noção de valor compartilhado ao governo da empresa começa a ser objeto de preocupação de instituições administradoras de mercados de capitais, como no caso da brasileira BM&FBOVESPA. Em 2011, foi publicado o *Novo valor – sustentabilidade nas empresas: como começar, quem envolver e o que priorizar*, em que são elencados 13 passos rumo à sustentabilidade: i) envolver a direção da empresa; ii) descobrir o que precisa ser mudado; iii) estabelecer prioridades; iv) assumir compromissos públicos; v) estabelecer a governança da sustentabilidade; vi) checar a identidade; vii) engajar os *stakeholders*; viii) elaborar uma política de sustentabilidade; ix) envolver o público interno; x) ajustar o sistema de gestão; xi) definir e acompanhar indicadores; xii) estabelecer metas; xiii) relatar suas conquistas e desafios. Dentre as propostas, destaca-se a ideia de governança da sustentabilidade, no sentido da criação, pelas empresas, de uma estrutura de governança efetivamente voltada para a sustentabilidade. Neste sentido, a BM&FBOVESPA sugere a criação de três tipos de órgãos: i) Comitê Executivo de Sustentabilidade (formado por representantes do conselho de administração); ii) Comitê de Sustentabilidade (composto por diretores); e iii) Comissão de Sustentabilidade (reunindo superintendentes e gerentes).

Percebe-se, assim, que as temáticas da sustentabilidade e da criação de valor compartilhado devem definitivamente estar alinhadas aos demais escopos – solução de conflitos de agência entre titularidade/gestão e majoritários/minoritários, desempenho financeiro etc. –, para o qual os diversos modelos de governo da empresa procuram apresentar respostas.

## 8. O Papel do Direito na Questão do Governo da Empresa

O tema do governo da empresa tem gerado discussões entre a conveniência do estabelecimento de regramento prescritivo ou regras de governança, de adesão contratual. De acordo com SCHAPIRO (2010, p. 36-37), os conjuntos de dispositivos regulatórios “são conformados pelo ordenamento jurídico e assumem um caráter prescritivo, voltando-se a apresentar os contornos e conteúdos que devem balizar a relação entre o agente e o principal, no universo de uma corporação.” Por outro lado, as chamadas regras de governança “apresentam o *status* de um arranjo contratual entre os atores da firma e dedicam-se a estabelecer os termos por meio dos quais serão processadas as diversas relações existentes entre a companhia e os seus *stakeholders*”.

Em nível mundial, tem prevalecido os instrumentos não prescritivos, como: i) Code of Conduct (Itália); ii) Código de Mejores Prácticas Corporativas (México); iii) Corporate Governance in the Netherlands (Holanda); iv) European Corporate Governance Institute; v) Korean Code of Best Practice for Corporate Governance; vi) Principios de Buen Gobierno del Peru; vii) Report on the Belgian Commission on Corporate Governance (Bélgica); viii) Swedish Corporate Governance Policy (Suíça); ix) The UK Corporate Governance Code (Reino Unido). Por outro lado, o Código de Governança Corporativa Alemão, instituído em 26-02-2002, embora baseado nos Princípios de Governança Corporativa da OCDE, graças ao previsto na Lei das Sociedades Anônimas alemã, art. 161, com a redação que lhe foi conferida pela Lei de Transparência e Publicidade, possui força cogente, não constituindo apenas um código de autorregulação, mas sim parte integrante do ordenamento jurídico alemão (ALBUQUERQUE, p. 30-38).

Não obstante ao aumento de adesões voluntárias a modelos que se fundamentam nas recomendações (sob a forma de princípios gerais) veiculadas pela OCDE e no Pacto Global, a ausência de coercibilidade estatal mantém uma flexibilidade ao conteúdo normativo de tais dispositivos, tornando mais incerto o alcançar da efetiva incorporação, ao governo da empresa, de temas relacionados à sustentabilidade e à criação de valor compartilhado. Deve-se ressaltar que tais recomendações não constituem norma jurídica, os referidos textos não estabelecem obrigações de direito positivo e, portanto, não são cogentes.

Conforme destaca CHEVALLIER (2009, p.166-169), estes instrumentos “indicam os ‘objetivos’ que seria desejável atingir, fixam ‘diretivas’ que seria oportuno de seguir, formulam ‘recomendações que seria bom de respeitar’”, com a sua aplicação dependendo não do elemento da coercibilidade mas sim da adesão voluntária dos destinatários, consistindo assim num “direito brando” - *soft law* -, que põe em segundo plano a noção de comando e assim representa concepção mais flexível da normatividade jurídica. Ao que parece, esta não é a melhor e mais indicada opção para o tratamento normativo da questão.

No Brasil, pela ausência de força cogente, os arranjos éticos e contratuais (mecanismos de *soft Law*) associados ao tema do governo das empresas têm se revelado insuficientes para tutelar a sustentabilidade e a necessária harmonização dos interesses entre os conjuntos de *stakeholders*<sup>27</sup>. Algumas dessas falhas podem ser identificadas na análise das

27 No Brasil, a BMFBovespa, na condição de instituição administradora do mercado de capitais, exerce uma série de funções dentre as quais a autorreguladora. No exercício desta função, foram criados os chamados segmentos de listagem de governança corporativa. Atualmente, os segmentos são: BOVESPA MAIS, BOVESPA MAIS NÍVEL 2, NOVO MERCADO, NÍVEL 2, NÍVEL 1 e TRADICIONAL. Cada um reúne um conjunto diferenciado de exigências que, cumpridas, permitem às companhias a listagem respectiva. As regras se restringem às sociedades anônimas de capital aberto listadas na BMFBovespa, ou seja, aquelas companhias com valores mobiliários negociados no mercado de capitais, ou também aquelas que se encontram numa fase de transição e pretendem realizar a abertura de capital. Mesmo no

conclusões de interessante estudo empírico realizado por BLACK, CARVALHO e GORGA (2009). Os autores avaliaram o panorama das práticas de governança corporativa no Brasil, a partir da análise de 88 (oitenta e oito) companhias com controle privado nacional. Dentre as suas conclusões, merecem destaque: i) os conselhos de administração da maioria das empresas privadas brasileiras são compostos totalmente ou quase totalmente por membros ou representantes da família ou grupo controlador; ii) muitas empresas não têm nenhum conselheiro independente; iii) divulgações de informações financeiras estão aquém dos padrões internacionais; iv) muitas empresas fornecem suas demonstrações financeiras em inglês em seu *website*; v) uma pequena parte fornece direitos de proteção para os acionistas minoritários em uma venda de controle da empresa.

---

nível mais alto de governança, o NOVO MERCADO, as regras se encontram direcionadas mais para a solução dos conflitos entre titularidade/gestão e majoritários/minoritários, sem aprofundamento no que diz respeito ao reconhecimento de interesses de outras partes externas à companhia, mais precisamente nas relações com os *stakeholders*. Além do nível tradicional, o sistema contempla ainda outros 5 (cinco) níveis diferenciados, cabendo a cada empresa listada optar por um deles, desde que promova as adaptações necessárias ao seu estatuto social. As regras estipuladas se caracterizam eminentemente como direito não prescritivo, na medida em que a adesão a elas é voluntária e contratual. Constituem, assim, mecanismos de *soft law*, também conhecidos como *soft norm* ou *droit doux*. Como exemplos de mecanismos não cogentes de governança corporativa podem ser citados, entre outros: i) o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, editado originalmente em 1999, pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, e revisado em 2001, 2004 e 2009, sua versão atual; ii) a Cartilha de Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa, de junho de 2002; iii) o Código Previ de Melhores Práticas sobre Governança Corporativa; iv) Orientação do CODIM – Comitê de Orientação para Divulgação de Informações ao Mercado – nº 13/2012, que recomenda a adoção de boas práticas de divulgação de informações, prestação de contas e governança corporativa; v) Código Abrasca (Associação Brasileira das Companhias Abertas) de Autorregulação e Boas Práticas das Companhias Abertas. O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), fomentador de práticas e discussões sobre o tema, tem editado os chamados Códigos de Melhores Práticas de Governança Corporativa. O primeiro Código, de 1999, teve como foco a atuação dos conselhos de administração. A edição seguinte, de 2001, foi marcada pela ampliação das recomendações para os demais agentes da governança, como sócios, gestores, auditorias e conselhos fiscais. Em 2004, foram feitas pequenas alterações de conteúdo, pouco significativas. A versão atual, de 2009, teve como proposta a criação de um ambiente organizacional/institucional mais sólido, justo, responsável e transparente. Há em curso um projeto de revisão do conteúdo atual, tendo sido realizada, no dia 12-05-2015, uma audiência restrita (com a participação associados, membros de comissões e representantes de instituições parceiras), com a finalidade de discussão e formulação de propostas. Por fim, deve-se frisar que os Códigos não constituem norma jurídica, caracterizando-se como instrumentos de *soft law*. Alguns dispositivos da Lei 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, de certa maneira relacionam o tema do governo da empresa com a noção de *stakeholders*, assumindo um caráter prescritivo. O artigo 116 da Lei nº 6.404/76, em seu parágrafo único, referencia o dever do administrador em fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, com responsabilidades perante os demais acionistas, os colaboradores (empregados) e a comunidade como um todo. Por seu turno, o artigo 154 da mesma Lei dispõe que “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfazer as exigências do bem público e da função social da empresa.” E, em seu § 4º, “o conselho de administração ou a diretoria pode autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.” São, todos, dispositivos abertos que dificultam a implementação prática das ideias. O que significa, do ponto de vista da gestão, por exemplo, responsabilidades perante colaboradores e comunidade como um todo?

A existência de conflitos internos de agência, falhas na apresentação de informações financeiras ao mercado, diminuta participação de conselheiros independentes, falta de representação dos empregados nos conselhos de administração, não incorporação da política de divulgação de informações sobre sustentabilidade etc., são apenas alguns exemplos de situações que demandam reflexão sobre o regramento prescritivo como meio regulatório mais adequado ao tratamento de determinadas matérias.

Defende-se que as novas perspectivas e exigências em torno da adequação do agir empresarial à sustentabilidade e à ideia de valor compartilhado impõem uma participação mais efetiva do direito – de um direito prescritivo e não de um direito brando, flexível – no sentido da criação e integração, aos ordenamentos jurídicos, de conteúdos legais prescritivos alinhados ao desenho de um futuro que se espera melhor, para o qual as empresas são parte tanto do caminho quanto do resultado final.

De fato, a aposta é no papel transformador do direito, e também das empresas, para a harmonização de interesses particulares dos titulares do exercício da atividade econômica com compromissos sociais atrelados à sustentabilidade e à ideia de valor compartilhado. Esta concepção do direito, mais prescritivo, menos flexível ou brando, aposta na premissa de que determinadas questões, como a divulgação públicas das performances econômicas, sociais e ambientais das empresas, por sua importância, devem ser observadas mais do ponto de vista daquilo que é correto fazer – e, conseqüentemente, de se exigir coercitivamente –, e menos sob o enfoque dos custos para a sua realização.

O desafio permanecerá sendo, nas escolhas normativas, a eleição daqueles interesses mais relevantes, indispensáveis, mais aptos a consagrar as noções de sustentabilidade e valor compartilhado, e os efeitos socialmente positivos decorrentes de sua aplicação. Tais interesses merecem ser alçados de meras recomendações à condição de deveres jurídicos.

## 9. Conclusões

Com a presente pesquisa, foi possível reconhecer a sustentabilidade como elemento estruturante do Estado Constitucional, um novo paradigma do direito indutor de pautas axiológicas em diversos níveis. Tal fenômeno, de múltiplas faces, conduz à necessidade de melhora e ajuste contínuos das práticas dos diversos atores sociais, públicos e privados. Deve repercutir, também, na ação da empresa, entendida não como mera expressão de uma atividade econômica, mas sim como ator social diretamente vinculado à responsabilidade de acomodação de interesses particulares com compromissos sociais.

A sustentabilidade empresarial se encontra associada à ideia de criação e preservação de valor compartilhado a um conjunto de partes interessadas, no curto, médio e longo prazos, o que envolve aspectos econômicos, ambientais e sociais. Neste sentido, algumas

questões assumem a condição de imperativos e impactam diretamente no tema do governo da empresa (ex.: divulgação pública de suas performances econômicas, sociais e ambientais, por intermédio dos chamados relatórios sobre sustentabilidade), o que engloba a necessidade de alinhamento das práticas empresariais às ideias em torno da sustentabilidade e também da noção de criação de valor compartilhado a um conjunto de partes interessadas, para além dos titulares da atividade econômica.

Na doutrina, a governança tem sido apresentada primordialmente como um conjunto de medidas voltadas à solução de problemas de agência entre titularidade e gestão, ou também entre titulares majoritários e minoritários do capital social. No plano internacional, organismos como a OCDE e a ONU já consagram algumas diretrizes de princípios de governo de empresa associados às ideias de sustentabilidade e criação de valor compartilhado, mas tais mecanismos são de adesão voluntária, constituindo *soft law*, direito não prescritivo.

Conclui-se que a visão tradicional da doutrina é insuficiente para uma efetiva adequação do governo da empresa à sustentabilidade e também para a harmonização dos múltiplos interesses, privados e públicos, que gravitam em torno da empresa. Quanto às diretrizes de princípios de governo de empresa no âmbito da OCDE e da ONU, embora em alguns sentidos indiquem associação às ideias de sustentabilidade e criação de valor compartilhado, constituem direito não prescritivo e não implicam vinculação jurídica por parte das empresas. O mesmo se diga em relação aos códigos de conduta e boas práticas, que proliferam a nível mundial, normalmente fundamentados em tais princípios gerais.

Todas as questões explicitadas indicam a necessidade de tratamento normativo da questão no sentido da criação e integração, aos ordenamentos jurídicos, de obrigações legais associadas aos temas, com o cuidado de, nas escolhas normativas, promover-se a eleição daqueles interesses mais relevantes, indispensáveis, mais aptos a consagrar as noções de sustentabilidade e valor compartilhado, e os efeitos socialmente positivos decorrentes de sua aplicação. Transformar recomendações em obrigação legal constante de lei formal estatal, prescrição a qual os destinatários serão obrigados a obedecer, atribui uma certeza maior quanto ao enquadramento normativo das empresas a diretrizes e princípios tão relevantes.

## 10. Referências

ABRAMOVAY, Ricardo. *Muito além da economia verde*. São Paulo: Abril, 2012.

ALBUQUERQUE, Roberto de Araújo Chacon de. A proteção ao investidor no Código de Governança Corporativa Alemão. *Rev. Direito GV*, v. 4, n. 1, p. 29-48, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n1/a03v4n1.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

- ANDRÉS, Elena Esteva de; PIMENTEL, Duarte. Empresa e reprodução social ampliada: los contributos del análisis societal. *Sociologia, Problemas e Práticas*, Lisboa, n. 47, p. 35-45, 2005.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XXXIX (Nova Série), jan./mar., p. 157-162, 2000.
- ATKINSON, Anthony; WATHERHOUSE, John A. A stakeholders approach to strategic performance measurement. *Sloan Management Review*, Massachusetts, v. 38, n. 3, p. 25-36, set. 1997.
- BENN, Suzane; DUNPHY, Dexter. *Corporate Governance and Sustainability: Challenges for Theory and Practice*. New York: Routledge, 2007.
- BERLE, Adolf.; MEANS, Gardiner. *The Modern Corporation and Private Property*. Nova Iorque: Macmillan, 1932.
- BLACK, Bernard S.; CARVALHO, Antonio Gledson de; GORGA, Érica. The Corporate Governance of Privately Controlled Brazilian Firms. *Revista Brasileira de Finanças*, v. 7, 2009. Disponível em: <[http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1003059](http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003059)>. Acesso em: 15 mai. 2015.
- BM&FBOVESPA. *Novo valor – sustentabilidade nas empresas: como começar, quem envolver e o que priorizar*. São Paulo: BM&FBOVESPA, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, v. VIII, n. 13, 2010.
- CHAVES, Vinicius Figueiredo; FLORES, Nilton Cesar. Empresa sustentável: um estudo sobre os atuais caminhos da divulgação pública de informes sobre sustentabilidade no Brasil. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, ano 17, n. 17, p. 181-200, jan.-dez. 2014.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno* (Coleção Brasil-França de Direito Público) Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), v. 3, n. 1, p. 75-83, jan.-jun. 2011. Disponível em: <[http://www. http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/777/1761](http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/777/1761)> . Acesso em: 05 abr. 2015.
- FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Desenvolvimento econômico e direitos humanos. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, LII, 2009, p. 33-34. Disponível em: <<http://www.uc.pt/fduc/publicacoes/bce/2009>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

- FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 19, n. 4, edição especial, p. 1433-1464, 2014.
- FLORES, Nilton César da Silva (org.). *A Sustentabilidade Ambiental em suas Múltiplas Faces*. São Paulo, Millennium, 2012.
- FREEMAN, Edward R. *Strategic Management: A Stakeholder Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- FREEMAN, Edward R.; REED, David L. Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance. *California Management Review*, vol. XXV, n. 03, p. 88-106, 1983.
- GLOBAL REPORTING INITIATIVE. [on line]. Disponível em: <<http://www.globalreporting.org/languages/Portuguesebrazil/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 23 jul. 2014.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*. 4ª ed. São Paulo: IBGC, 2009.
- JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, oct. 1976.
- LACERDA, Emanuela Cristina A.; Rosa, Alexandre Morais da; FERRER, Gabriel Real. A Propriedade ante o Novo Paradigma do Estado Constitucional Moderno: A Sustentabilidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 19, n. 4, edição especial, p. 1185-1219, 2014.
- LAVILLE, Élisabeth. *A empresa verde*. São Paulo: Ote, 2009.
- LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. *Empresa & Função Social*. Curitiba: Juruá, 2009.
- MACKEY, John; SISODIA, Raj. *Capitalismo Consciente*. São Paulo: HSM, 2013.
- MAHONEY, William F. *Manual do RI: Princípios e Melhores Práticas de Relações com Investidores*. Rio de Janeiro: IMF, 2007.
- MARIANO, Leila. O Poder Judiciário e a Sustentabilidade. In: FLORES, Nilton César da Silva (org.). *A Sustentabilidade Ambiental em suas Múltiplas Faces*. São Paulo, Millennium, 2012.
- MEADOWS, D. H. et al. *The limits to growth*. New York: Universe Books, 1972.
- MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Ecodesenvolvimento e Desenvolvimento Sustentável – Conceitos e Princípios. *Textos de Economia*, Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 131-142, 1993.
- NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. *Estudos Avançados*, v. 26, n. 74, p. 51-64, 2012.

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento Sustentável. Parágrafo 13. Disponível em: <<http://www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/13/PDF/N1147613.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12 jan. 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Pacto Global das Nações Unidas*. Disponível em: <<http://www.unglobalcompact.org>>. Acesso em: 10 mai. 2015.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Princípios da OCDE sobre o Governo das Sociedades*. OCDE, 2004. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/33931148.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2015.
- PARLAMENTO EUROPEU. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/registre/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/com/2013/0207/COM\\_COM\(2013\)0207\\_PT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2013/0207/COM_COM(2013)0207_PT.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2015.
- PINHEIRO, Sílvia Marina. O Desenvolvimento Sustentável e as Empresas. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (orgs.). *A Economia Verde no Contexto do Desenvolvimento Sustentável – a governança dos atores públicos e privados*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.
- PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. *The big idea: Creating Shared Value – how to reinvent capitalism and unleash a wave of innovation and growth*. *Harvard Business Review*. Jan./fev. 2011.
- SACHS, Ignacy. *Estratégias de Transição para o Século XXI – Desenvolvimento e Meio Ambiente*. São Paulo, Studio Nobel – Fundap, 1993.
- SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 23ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.
- SILVA, Fernando. Códigos de Governo Societário: Does one size fit all? *Caderno do Mercado de Valores Mobiliários*, n. 33, p. 40-71, ago. 2009. Disponível em: <<http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/CadernosMVM33Final1.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2015.
- STOUT, Linn. *The Shareholder Value Myth*. San Francisco: Berrett-Koehler, 2012.
- TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. *A empresa-instituição*. São Paulo, 2010, 272f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 810, abr. 2003.

VAZ, João Cunha. *A Regra de Não Frustração da OPA e a Aquisição do Controlo*. Coimbra, 2011, 398 fls. Tese (doutorado em ciências jurídico-empresariais). Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

WALD, Arnaldo. O governo das empresas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, ano 5, n. 15, p. 53-78, jan.-mar. 2002.

# LA TEORIA BRASILEÑA DEL *HABEAS CORPUS* PARA LOS GRANDES PRIMATES

---

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Post-doctor (Pace University Law School, New York), Doctor *Cum Laude* (Universidade Federal de Pernambuco). Profesor Asociado (Universidade Federal de Bahia). Presidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho Animal (ALDA). Fiscal del Medio Ambiente en Bahia, Brasil.

## Resumem

El presente artículo analiza los fundamentos en la teoría brasileña del Habeas Corpus para los grandes primates, que funcionó como un precedente jurídico inédito, admitiendo a un chimpancé hembra en la condición de sujeto en un Habeas Corpus. A partir de una comparación entre la evolución humana y la evolución jurídica del artículo demuestra que, tal como las especies, el derecho también sufrió evolución para adaptarse a los cambios sociales, especialmente las recientes descubiertas científicas de la semejanza genética entre el hombre y los grandes primates. En esa línea, reclama la extensión de los derechos humanos para incluir entre los titulares chimpancés, *bonobos*, *gorilas* y *orangotangos*. La teoría establece, así, un nuevo sentido jurídico para el instituto del Habeas Corpus, hasta entonces utilizado para asegurar la libertad humana, para incrementar el movimiento social que reivindica los derechos de los animales y aumentar el grado de concienciación de la comunidad jurídica y de la población en general, sobre una de las cuestiones éticas más importantes de La época.

## Palavras-clave

Evolución jurídica; Personalidad jurídica; Libertad animal; Precedente judicial.

## Abstract

This essay presents a comparison between human evolution and legal developments, trying to demonstrate how darwinian theory of evolution by natural selection has caused changes in the legal world, the bridge of today some lawyers using the recent discoveries about how similar genetic between man and great primates to claim extension of human rights for chimpanzees, bonobos, gorillas and oranges. It also that many activists for animal's rights have considered the dispute an important strategy, whether to set new means

for legal institutes such as the Habeas Corpus, hitherto used only to ensure human freedom, whether to increase the movement and increase the conscientization of the general population about the importance of the recognition of animals as holders of basic rights.

## Key words

Legal evolution; Legal personality; Animal freedom; Legal precedent.

## 1. Introdução

O evolucionismo applicado ao direito vae, entretanto, soffrendo o surto dessas collisões, antes da ver seu imperio completamente consolidado em toda a latitude da sciencia juridica.

Algumas rajadas mais fortes agitam-lhe hoje as construções. É preciso que examinemos a solidez da nau que nos conduz, que reconhecçamos se ella poderá vencer a violência dos vagalhões e da ventania que esfusia-lhe hostile pelas cordagens.

Clovis Bevilacqua<sup>1</sup>

Toda idea responde a un patrón de cambio en el tejido moral de la sociedad, y no cabe duda que el lugar de los animales ha sufrido un desplazamiento de la periferia para el centro del debate ético, y el simple hecho de la expresión “derechos de los animales” haber convertido en vocabulario jurídico ya es un síntoma de dicho cambio.

Se constata una tendencia mundial de superación del antropocentrismo clásico, una vez que los elementos naturales, cada vez más, son objeto de consideración moral,<sup>2</sup> muchas veces protegidos en detrimento de los intereses humanos inmediatos.

El pedestal en que nos ponemos gloriosamente comienza a presentar una serie de ranuras, y ya parece estar relegada a una pieza de museo, teniendo en cuenta que las características que pensábamos exclusivas de la humanidad, tales como la razón, el lenguaje, la cultura, la conciencia de si mismo, etc. han sido comprobadamente encontradas en otras especies, particularmente entre los grandes primates.

Por otro lado, ha ocurrido un aumento significativo de la conciencia social sobre los animales, y existe un mismo consenso según el cual ellos poseen intereses que deben ser

1 BEVILAQUA, Clóvis.. A Fórmula da Evolução Jurídica. In: **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Ano III. 1893. p.3.

2 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 22, abr./jun. 2001. p. 3.

protegidos jurídicamente, aunque la mayoría de las personas todavía creen absurda la idea de concederles derechos.<sup>3</sup>

Ante la elasticidad de los textos legales, que en la mayoría de las veces son vagos y ambiguos, la operación hermenéutica opera con una inmensa libertad, de modo que la historia de la norma siempre adapta sus fuentes a las nuevas circunstancias, descubriendo en ellas las posibilidades inéditas que se alejan de lo que está ultrapasado y caduco.<sup>4</sup>

Los animales de compañía, por ejemplo, todavía son tratados en la esfera judicial como propiedad privada, lo que refuerza el concepto tradicional de derecho subjetivo cuñado en los siglos XVII y XVIII,<sup>5</sup> que protege los intereses humanos, a pesar de superficiales, en detrimento de los intereses de los animales.

La teoría del *Habeas Corpus* para los grandes primates reivindica una interpretación analógica de los hechos, que aún hoy es considerada una importante fuente de derecho, una vez que el principio básico de justicia exige igual tratamiento para los casos semejantes, y una decisión judicial puede ser considerada arbitraria si tratar de un caso de una forma y otro caso semejante de forma distinta, sin que exista motivo relevante para ello.<sup>6</sup>

La interpretación analógica consiste en la utilización de una norma establecida para una determinada conducta para regular otra, desde que no sea posible identificar la norma aplicable para aquel caso, siempre que exista semejanza entre los supuestos facticos o jurídicos.<sup>7</sup>

Este artículo pretende inicialmente ofrecer al lector un análisis panorámico de la teoría darwiniana de la evolución de las especies, para en seguida describir los fundamentos del proyecto Grandes Primates, liderado por los profesores Peter Singer y Paola Cavalierre, que a partir del parentesco genético del hombre con chimpancés, *bonobos*, gorilas y orangotangos, defensa la inclusión de esos homínidos en nuestra esfera de consideración moral y jurídica.

3 BARTLETT, Steve J. Roots of human resistance to animal rights: psychological and conceptual blocks. *Animal Law*. Oregon. 2002, p. 146.

4 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989. p. 223.

5 PAYNE, Ruth. Animal welfare, animal rights, and the path to social movement's struggle for coherency in the quest for change. *Virginia Journal of Social Policy and the Law Association*. p. 620, Spring, 2002.

6 RACHELS, James. Do animals have a right to liberty. In: REGAN, Tom; SINGER, Peter. *Animal rights and human obligations*. New Jersey: Prentice-Hall, 1976. p.206.

7 Según BOBBIO, Norberto, en ese tipo de interpretación el objetivo es la redefinición de un tiempo, aunque la norma aplicada sigue siendo la misma, presentando una nueva en el género previsto en la ley en, *Teoría do ordenamento jurídico*, 10. ed., Brasília, UNB, 1999. p.156. En el mismo sentido FERRAZ JR., Tércio Sampaio, para quien la doctrina afirma que la interpretación extensiva pretende incluir el contenido de la norma en un sentido que ya estaba, solamente no había sido explicitado por el legislador en, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo, Atlas, 1990, p. 270.

Después, será realizada un análisis de la teoría brasileña del Habeas Corpus para los grandes primates, a partir del estudio del caso *Suiça vs Zoológico de Salvador*, cuyo juzgado es considerado un precedente judicial histórico en favor de los grandes primates.

## 2. Darwin y la Evolución Humana

O naturalista não pode comparar nem classificar as faculdades mentais, mas apenas tentar demonstrar, como eu tenho feito, que entre as faculdades mentais do homem e dos animais inferiores não existe uma diferença essencial e específica, mas apenas uma imensa diferença de grau. Uma diferença de grau, por maior que seja, não nos autoriza a colocar o homem em um reino distinto.

**Charles Darwin**<sup>8</sup>

Hace más de 150 años, el naturalista inglés Charles Darwin publicaba “El origen de las especies” por la selección natural, libro que al desvelar el secreto de la evolución de la vida en nuestro planeta provocó una revolución científica tan importante, que quizás solo encuentre precedente en De la Revolución de las obras celestes, del astrónomo polaco Nicolau Copérnico, que estableció las bases del heliocentrismo moderno.

Publicada en 1858, esta obra aún hoy es consideradas una de las más influyentes de todos los tiempos, y una de sus principales contribuciones fue refutar la teoría aristotélica de la inmutabilidad o rigidez del universo, hasta entonces concebido como un ente inmutable y jerarquizado, con cada especie ocupando un lugar apropiado, necesario y permanente.

Doce años después, en 1870, Darwin publica “El origen del hombre” seguido de “La expresión de las en el animal y en el hombre” (1872), donde demostraba por pruebas empíricas contundentes que entre el hombre y los animales las diferencias anatómicas y mentales son solamente de grado y no de esencia.

De hecho, la mayoría de los extraordinarios avances científicos de los últimos tiempos, de la ingeniería genética hasta la inteligencia artificial, no habían sido posible sin el conocimiento proveniente de la teoría de la evolución por la selección natural.

En 1836, después de su viaje a Beagle, donde pudo coleccionar datos como el registro fósil de los animales extintos, que parecían confirmar la idea de su abuelo, Erasmus Darwin y del pensador francés Lamarck, según la cual las especies no son fijas y sufrían mutaciones con el paso del tiempo, Darwin hizo otro viaje científico a las islas de Galápagos,

8 DARWIN, Charles. **El origen del hombre y la selección em relación al sexo**. Madrid: Biblioteca E.D.A.F., 1989. p. 147.

donde percibió que la separación geográfica tenía relación con la variación de las características entre las varias especies de pinzones y el poder modificador del medio ambiente.

En la oportunidad, Darwin percibió que algunas especies poseían un pico largo y afilado que servían para picar aves marinas y beber su sangre, al paso que otras poseían pico grueso y corto para romper semillas. Otras, a pesar de tener pico fuerte que servían para tumbar rocas y en la búsqueda de alimentos, detrás, por su parte, poseían pico estrecho y con una curvatura para comer mosquitos que vivían en cactus.

Además, él percibió que los extraordinarios cambios provocados en los animales de compañía a través de la reproducción controlada por cruzamientos sucesivos (*bulldog* y el *spaniel*, por ejemplo), habían de ser aún más acentuadas entre las especies silvestres, una vez que en la naturaleza la acción selectiva dispone de un tiempo incomparablemente más largo.

Dos ideas están en el centro de la teoría: la primera es que la evolución deriva de un fenómeno histórico donde todas las especies descienden de un ancestral común; y la segunda, que la selección natural es el principal mecanismo de la biodiversidad.

Según Rebeca Steffoff, en otoño de 1836, al leer “Ensayo sobre la población de Tomas Malthus”, que estudia las causas de la miseria humana y concluye que la vida es una lucha constante por la supervivencia donde muchos fallecen antes de atingir la vida adulta, Darwin va inferir que el principio de la selección natural demuestra, a partir de pruebas empíricas, que pequeñas variaciones en una especie son cruciales para determinar cuáles son los individuos que van a supervivir y dejar descendientes que heredaran sus características y cuáles van a perecer sin dejar descendientes.

Darwin probó que pequeñas diferencias aleatorias transmisibles entre los individuos de la misma especie (enajénese) determinan diferentes oportunidades de supervivencia y reproducción, permitiendo que algunos individuos sean bien sucedidos y otros no, y es este proceso, que ha determinado la especiación que provoca mutaciones en la forma, tamaño, fuerza, mecanismos de defensa, color, bioquímica y comportamiento de las futuras generaciones.

Como esas mutaciones genéticas ocurren solamente en un segmento aislado de cada especie, ellas permiten que solamente los individuos más a adaptados a las condiciones locales puedan ocupar un nuevo nicho ecológico. Con el paso del tiempo, esos individuos se tornan irreversiblemente diferentes, a punto de sus miembros no lograren más se reproducir como el de la antigua especie.

Dicho fenómeno de división de la especiación, Darwin denominó de “principio de la divergencia”, la idea que le permitió concebir la biodiversidad como un fenómeno de adaptación de las especies al medio ambiente.

Cinco fueron las disciplinas determinantes en la colecta de las pruebas de la teoría de la evolución de Darwin: a) la biogeografía o el estudio de la distribución de los seres vivos; b) la paleontología, que investiga las formas de vida extintas preservadas en registros fósiles; c) la embriología, que analiza las etapas de desarrollo de los embriones; y, d) la morfología, que estudia la forma y la configuración anatómica de los seres vivos.

En 1839, después del nacimiento de su primero hijo con Emma Darwin, William Erasmus, Darwin pasó a observar el niño y comparar sus expresiones faciales con las de Jenny, una hembra orangután del zoológico de Londres, y pudo percibir la enorme semejanza entre las expresiones faciales y emociones de las personas y las de los grandes primates.

Después de la publicación de “El origen de las especies”, un grupo de biólogos, entre ellos Thomas Huxley, uno de sus principales discípulos, examinó chimpancés y gorilas traídos por explotadores de las selvas africanas, y concluyeron que ellos eran más semejantes a los seres humanos que a los orangutanes.

Así, en 1863, Huxley publicó *Man’s place in nature*, donde sugiere que existe una continuidad entre el cerebro de los grandes primates y de los hombres. Según él, en determinado momento del proceso evolutivo algunas especies comenzaron a seleccionar individuos que poseían un nuevo atributo adaptado – un cerebro aventajado – que poco a poco va a permitir desarrollar sofisticadas actividades mentales.

Solamente en 1872, al publicar “El origen del hombre y la selección en relación al sexo”, Darwin va a presentar su argumento sobre la evolución de la especie humana, cuando entonces sugiere que nuestra especie había evolucionado a partir de ancestrales semejantes a los grandes primates.

Aunque muchos tengan considerado, a la época, esas ideas absurdas, con el tiempo ellas fueron confirmadas por un conjunto de evidencias empíricas. Investigaciones desarrolladas por importantes universidades alrededor del mundo confirman el postulado darwiniano de que no existen diferencias categóricas entre el hombre y los animales no humanos, especialmente cuando se trata de analizar sus atributos mentales o espirituales.

Diversas de esas investigaciones demuestran claramente que el hombre es más una especie de la cadena evolucionaria, no existiendo ninguna característica que justifique las barreras existentes entre él y los animales no-humanos. Hoy es sabido, por ejemplo, que el propio desarrollo del cerebro humano no ocurrió para aislarlo de las leyes de la supervivencia de la reproducción, sino para cumplirlas con mayor eficacia.

Según estudios recientes humanos y primates se dividieron en especies diferentes hace más o menos 5 millones de años, una parte ha evolucionado para los actuales chimpancés y bonobos y la otra para la formación de primates bípedes erectos que han evolucionado para especies como el *Homo Australopithecus*, el *Homo Ardipithecus* y el *Homo*

*Paranthropu*, a pesar de que ancestro común de la especie humana con los chimpancés y gorilas son mucho más reciente de lo que el ancestro común de los chimpancés y gorilas con los primates asiáticos, por ejemplo, como el gibones y orangutanes. Esta proximidad evolutiva representa semejanzas importantes entre esas especies y el hombre.

Jane Goodall, por ejemplo, convivió durante treinta y uno años con un grupo de chimpancés en el Parque Nacional de Gombe, en Tanzania, y probó que esos animales poseen individualidades y relaciones sociales bien complejas, y que además del parentesco genético, son dotados de una estructura cerebral y un sistema nervioso central extraordinariamente semejante a los nuestros.

Las sociedades de los primates, por ejemplo, son basadas en la cooperación, división social del trabajo, estrategias de manipulación, punición y reconciliación. Además de eso, gorilas, chimpancés, bonobos y orangutanes, así como los humanos, poseen mismo una inteligencia capaz de resolver problemas sociales, atributo ese que les facilita la supervivencia y la reproducción.

En regla, se reúnen en familia o clanes compuestos de jóvenes y ancianos, machos y hembras, que se dividen en diversos grados de parentesco y subgrupos, semejantes a los nuestros partidos políticos o asociaciones de barrios.

En 1753, 106 años antes de Origen de las Especies, Carl von Linné había publicado la obra *Species Plantarum*, sistematizando el orden natural de las especies, afirmando que las especies eran invariables, reforzando la equivocada dicotomía entre el poderoso hombre, aislado en el alto, y los humildes primates, próximos de la bestialidad.

Desde el fin del siglo XIX, sin embargo, con el surgimiento de la biología como una disciplina fundada en la teoría de la evolución, el sistema de la clasificación ven procurando reflexionar sobre la historia de la evolución de las especies, aunque todavía sea hecho de una forma circular y subjetiva, primero decidiendo los parentescos, y solamente después buscando evidencias anatómicas que compraban esas presunciones.

En la segunda mitad del siglo XX surgió un nuevo modelo taxonómico, denominado cladístico, que pasó a clasificar los animales en base a la similitud anatómica, en la distancia genética y en el tiempo de separación entre las especies.

Willi Hennig, considerado el fundador de la cladística (del griego *Klados* = ramo), desarrolla la teoría sistemática filogenética donde defiende que los organismos deben ser clasificados de acuerdo con sus relaciones evolutivas, a partir del análisis de los caracteres ancestrales y derivados de cada especie.

Diferentemente de la taxonomía tradicional, en ese momento las inferencias sobre la historia evolucionaria antes de la clasificación, y no después, y con el advenimiento de la sistemática molecular, que utiliza el análisis del genoma y los métodos de la biología molecular, hemos asistido a profundas revisiones de la clasificación de las especies.

De hecho, un grupo de científicos, utilizando la moderna tecnología de análisis genético, recientemente publicó en la prestigiosa revista americana *Proceedings of the National Academy of Sciences*, una investigación que revela que las semejanzas entre los códigos genéticos del hombre y del chimpancé son casi idénticos, siendo posible afirmar que esas especies pertenecen a la misma familia (*hominidae*) y al mismo género (*Homo*)

Además de las características anatómicas fundamentales, como el pecho liso, un particular camino de los dientes molares, la ausencia de la cola, etc., el análisis genético reveló que no hace mucho tiempo los grandes primates tuvieron un ancestro común con los hombres.

El Smithsonian Institute, por ejemplo, ya adopta ese esquema de clasificación, y en las últimas ediciones de la publicación *Mammals Species of the World*, los miembros de la familia de los grandes primates integran la familia de los homínidos, que pasan a ser clasificados como *Homo troglodytes* (chimpancés), *Homo paniscus* (bonobos) e *Homo sapiens* (hombres) e *Homo gorilla* (gorilas).

Hoy sabemos que los grandes primates poseen atributos mentales muy semejantes a los de la especie humana, y que la exclusión de ellos de nuestra comunidad de iguales es moralmente injustificable, arbitraria e irracional, una vez que en términos biológicos, no puede haber ninguna categoría natural que incluya los chimpancés, gorilas y orangutanes y excluya la especie humana.

Como hemos visto, Darwin probó que no existe ninguna diferencia ontológica entre la especie humana y los animales, lo que nos lleva a concluir que nada justifica la exclusión de ellos de nuestra esfera de consideración moral, incluso porque, así como nosotros, esas criaturas poseen los intereses fundamentales por la vida, libertad e integridad física y psíquica.

No obstante, a pesar del enorme prestigio de Darwin en el mundo científico, los juristas todavía siguen operando con institutos que se chocan frontalmente con los postulados evolucionistas. Para el mundo jurídico es como si Darwin nunca hubiera existido.

### 3. Evolución Jurídica y Derecho de los Animales

Considerando que o ativismo dos direitos dos animais cada vez mais envolve o direito, um estudo desse movimento deverá se mostrar informativo. Assim como outros movimentos sociais, o movimento pelos direitos dos animais aumentou sua confiança no sistema judicial.

**Helena Silverstein<sup>9</sup>**

9 SILVERSTEIN, Helena. **Unleashing rights: law, meaning, and the Animal Rights Movement**. Michigan: University of Michigan. 1996, p.17.

Así como las ideas, la jurisprudencia también cambia, y cuando la opinión pública toma partido para determinado lado, difícilmente el judiciario se opone a ella, a ejemplo de la esclavitud brasileña, que ya estaba en plena decadencia en el momento en que el movimiento abolicionista obtuvo la final victoria. En la época de la abolición de la esclavitud muchos esclavos huyeron de las fincas y no temían la recaptura, puesto que la opinión pública apoyaba dicha situación.

Cambios en la cultura jurídica, con todo, dicen respecto tanto con el nivel de profesional de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, legisladores), como con el proceso de formación académica de esos profesionales, especialmente en lo que se refiere al enfoque filosófico predominante en las universidades.<sup>10</sup>

Los juristas, en general, todavía son escépticos en relación a la posibilidad de la admisión de los animales en juicio como titulares de derechos, y ante la ausencia de un soporte legislativo claro, los tribunales muchas veces evitan la toma de una decisión avanzada.

Muchos creen que mismo que exista un soporte efectivo efectiva de la opinión pública<sup>11</sup> una decisión de ese tipo sería insignificante, reformista e ineficaz, puesto que difícilmente habría una fuerza política capaz de ejecutarla.<sup>12</sup>

Otros consideran la retorica abolicionista contraproducente, una vez que ella estigmatiza la mayoría de las personas que, de una forma o de otra, participan del sistema de explotación institucionalizada de los animales, y eso solo contribuye para elevar la resistencia psicológica a ese tipo de cambio.

No obstante, a pesar de esos inconvenientes, entendemos que el judiciario puede ser un poderoso agente en el proceso de cambio social, una vez que no solamente detiene el poder, sino el deber de actuar cuando el legislativo se recusa hacerlo. Muchas veces es el único capaz de corregir las injusticias sociales cuando los demás poderes son comprometidos políticamente o se encuentran atados a los intereses de grandes grupos económicos.<sup>13</sup>

10 LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito e transformação social**: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997, p.108.

11 PAYNE, Ruth. Animal welfare, animal rights, and the path to social movement's struggle for coherency in the quest for change. *Virginia Journal of Social Policy and the Law Association*. p. 619, Spring, 2002.

12 Para HAMILTON, Alexander et al, **O federalista**: um comentário à Constituição americana, Rio de Janeiro, Nacional de Direito, 1959, p. 312, "O judicial, em troca, não influi nem sobre as armas, nem sobre o tesouro; não dirige a riqueza nem a força da sociedade, e não pode tomar resolução ativa. Pode se dizer realmente, que não possui FORÇA nem VONTADE, senão unicamente discernimento, e que tem de se apoiar definitivamente na ajuda do braço executivo até mesmo para que tenham eficácia suas sentenças". Por otro lado, según PAYNE, Ruth, op. cit. 2002, p. 600: "Rosenberg afirma que apesar dos tribunais estarem impedidos pela Constituição de promover reformas sociais, quando as condições políticas, sociais e econômicas se tornam favoráveis a mudança, eles podem efetivamente prover significativas mudanças sociais" (Traducción nuestra)..

13 PAYNE, Ruth. Animal welfare, animal rights, and the path to social movement's struggle for coherency in the quest for change. *Virginia Journal of Social Policy and the Law Association*. p. 600, Spring, 2002.

Algunos autores creen que es necesario enfrentar la cuestión de los derechos de los animales no-humanos a partir de la necesidad de expandir el rol de los sujetos de derecho, otorgándoles personalidad jurídica.

Henry Salt, ya en el siglo XIX, afirmaba que si los hombres poseen derechos, los animales también los poseen, desde que se entienda por derechos “un sentido de justicia que marque las fronteras donde el consentimiento acaba y la resistencia empieza; una demanda pela libertad de vivir la propia vida y la necesidad de respetar la igualdad de libertad de los demás”.<sup>14</sup>

Es que cuando utilizamos la palabra “derecho”, hacemos con una carga valorativa positiva, vía de regla para representar una situación jurídica en la perspectiva de aquellos que se encuentran en posición favorable en relación a otro o a alguna cosa.<sup>15</sup>

Pese el enorme prejuicio enfrentado por los animales no-humanos en el mundo jurídico, es preciso recordar que el derecho es poblado de sujetos no-humanos como empresas, municipios, Estados, iglesias, etc.

Según Laurence Tribe, los argumentos utilizados para negar reconocimiento de los derechos animales no-humanos no pasan de mitos, puesto que hace mucho tiempo el derecho desarrolló el instituto de la persona jurídica para admitir que seres inanimados puedan pasar a ser sujetos de derecho.<sup>16</sup>

Si examinamos la historia del Derecho, percibimos que ni todos los hombres son (o fueron) considerados persona, de la misma forma ni todas las personas son seres humanos.<sup>17</sup>

Los juristas de la Edad Media, por ejemplo, pasaron mucho tiempo debatiendo sobre la posibilidad de se conceder personalidad jurídica para “organismos corporativos”, como la iglesia y el Estado.<sup>18</sup>

14 SALT, Henry. *Animal's rights*: considered in relation to social progress. Pennsylvania: Society for Animals Rights, 1980. p. 2.

15 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1990. p.144.

16 De acuerdo con TRIBE, Laurence “Ten Lessons our Constitutional Experience can Teach us About the Puzzle of Animal Rights: The Work of Steven M. Wise.” In: *Animal Law Review*. 2001. p.3: “Ampliar o círculo dos sujeitos de direito, ou mesmo ampliar a definição de pessoa, eu admito, é é amplamente uma questão de aculturação. Não é uma questão de quebrar alguma coisa, como uma conceitual barreira do som.”

17 FRANCIONE, Gary. “Personhood, Property and Legal Competence”. In: **The Great Ape Project**:equality beyond humanity. CAVALIERI, Paola and SINGER, Peter (ed) New York: St. Martin. 1993, p.252. Segundo RABENHORST, Eduardo. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p.68:“Sujeito de direito não é o homem entendido como ser biológico, mas qualquer ente susceptível de contrair direitos e obrigações.”

18 Segundo STONE, Christopher. Should tree have standing?: How far will law and moral reach? a pluralist perspective. *Southern California Law Review*. Southern California, 1985, p.3 : “Como estas corporações poderiam existir legalmente, como entidades transcendentales à existência do Papa e do Rei?”

Mismo la expresión “ser humano” suele ser utilizada en sentidos que ni siempre se armonizan, puesto que en un primer momento ella se refiere al conjunto de los integrantes de la especie *Homo sapiens*, en otros momentos ella exige “indicadores de humanidad”, tales como la conciencia de sí, autocontrol, noción de pasado y futuro, capacidad de relacionarse, preocuparse, comunicarse con los demás y curiosidad.<sup>19</sup>

Efectivamente, la palabra “persona” fue introducida en el discurso filosófico por el estoico Epictetus, que la utilizó para describir el papel que cada individuo representaba en la vida social.<sup>20</sup> En la Roma Antigua, por ejemplo, solamente el individuo que reunía determinados atributos, como el nacimiento con vida, forma humana, viabilidad fetal y perfección orgánica suficiente para continuar a vivir; además del status de ciudadano libre y capaz, podría ser considerado persona,<sup>21</sup> al paso que mujeres, niños, esclavos, extranjeros y los propios animales eran considerados res.<sup>22</sup>

El proceso de identificación del concepto de persona con el de ser humano solo apareció en el pensamiento occidental a partir del cristianismo, que luchó contra la distinción romana entre ciudadanos y esclavos.<sup>23</sup>

De hecho, el fundamento moral del cristianismo tiene como punto de partida la sacralización de la vida humana, una vez que todos los hombres estarían destinados a una vida común después de la muerte del cuerpo.<sup>24</sup>

Para contractualistas como John Locke, el concepto de persona está vinculado a las ideas de razón y conciencia de sí, de modo que la persona es todo ser inteligente y pensante, dotado de razón, reflexión y capaz de considerar a sí mismo como una misma cosa pensante en diferentes tiempos y lugares.<sup>25</sup>

Para Kant, la “persona” representa todo el ser racional y auto-consiente, capaz actuar de manera distinta de un mero espectador, tomando decisiones y ejecutándolas con la consciencia de perseguir intereses propios.<sup>26</sup>

---

Estava claro que um Rei podia se auto-obrigar – para sua honra – através de um tratado. Mas quando o Rei morresse, o que seria feito das cláusulas, reivindicadas como direito – que suas tangíveis mãos tinham assinado? ”. (Traducción nuestra).

19 SINGER, Peter. **Ética Prática**. trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 96.

20 HALL, Lee and WATERS, Jon. **From Property to person: The case of Evelyn Hart**. Disponível em <http://www.Personhood.org/lawreview>. Capturado em 8 de maio de 2006.p.9.

21 Segundo CRETELLA Jr., José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 252: “pessoa é noção eminentemente jurídica, que não se confunde com homem.”.

22 Idem. Ibidem p.252.

23 FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1990. p.148.

24 SINGER, Peter. **Libertação Animal**. trad. Marly Winckler. Lugano. 2004. p.217.

25 LOCKE, John. **An Essay Concerning Human Understanding**, London: George Routledge and Sons Limited. p.246.

26 KANT, Emanuel. **Doutrina do Direito**. trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p.37: “Uma pessoa é o sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação. De onde se conclui que uma pessoa pode ser submetida tão-somente às leis que ela mesma se dá (seja a ela sozinha, seja a ela ao mesmo tempo que a outros).”

Lo que sucede es que dicho concepto, estructurado a partir de los conceptos de razón y consciencia en si han sido superados teóricamente, ya que su mantenimiento llevaría al absurdo de excluir de nuestra esfera de consideración moral los recién-nacidos y los portadores de enfermedades mentales.

Los recientes avances de la medicina y de las ciencias biomédicas han puesto de manifiesto varias cuestiones éticas sobre la personalidad jurídica, una vez que existen seres humanos que no podrían, en sentido estricto del término, ser considerados persona, como aquellos acomedidos de muerte cerebral, pero mantenidos vivos por aparatos que destinan sus órganos para donación o el embrión concebido por violación, que puede ser abortado dentro de ciertas condiciones.

Por otro lado, muchas investigaciones presentan pruebas empíricas de que los del-fines, orcas, elefantes y animales como los perros y cerdos son seres inteligentes, racionales y dotados de consciencia de sí, lo que les habilitaría a ser considerados personas.<sup>27</sup>

No nos olvidemos que le Código Civil de 2006 excluyó una de las principales barrera erguidas por los civilistas para afirmar que el derecho es hecho exclusivamente para la especie humana, y sus dos primeros artículos, al tratar de la personalidad y la capacidad, sustituyo la palabra *hombre* que se encontraba en el antiguo código por la palabra *persona*,<sup>28</sup> demostrando claramente que persona natural y ser humano son conceptos independientes.

Steve Wise, que defensa la inmediata extensión de los derechos subjetivos a los chimpancés y bonobos (chimpancés pigmeos), argumentando que esos animales poseen una capacidad mental que les permitiría ser aprobados en testes que normalmente son aplicados en los seres humanos, utiliza la teoría de los derechos subjetivos de Wesley Hohfeld para defensa que los grandes primates poseen derechos individuales negativos o privilegios, tales como la libertad corporal y la integridad física.<sup>29</sup>

Para él, si los jueces conceden derechos de dignidad para los niños y personas con graves enfermedades mentales a partir de la ficción legal de que “todas las personas son autónomas”, por las mismas razones deberían reconocer que los grandes primates poseen esos derechos.<sup>30</sup>

27 SINGER, Peter. “Prefácio”. In: YNTERIAN, Pedro A. **Nossos Irmãos Esquecidos**. São Paulo: Arujá, SP: Terra Brasilis, 2004, p.4.

28 Según AGUIAR, Mônica. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro:Forense. 2005, p.33: “Essa mudança, realizada no Senado Federal sob a batuta do senador Josaphat Marinho, foi por ele justificada como necessária a afastar o estigma de sexismo na utilização da expressão homem, como genérica para indicar todo ser humano, seja do sexo feminino ou masculino.”

29 WISE, Steven. **Rattling the cage: toward legal rights for animals**. Cambridge and Massachusett: Perseus . 2000. p. 61.

30 Ibid. p.255.

En Brasil, la cuestión se torna aún más delicada, puesto que la Constitución de 1988 elevó la prohibición de las prácticas que sometan los animales a crueldad a la categoría de derecho fundamental, lo que le confirió aplicabilidad inmediata,<sup>31</sup> a pesar de su constante violación.<sup>32</sup>

#### 4. La Teoría Brasileña del Habeas Corpus en Favor de los Grandes Primates

Acredito que mesmo com a morte de Suica (chimpanzé) o problema continuará a ser discutido, especialmente nas salas das faculdades de direito, visto que muitos colegas, advogados, estudantes e entidades têm manifestado as suas opiniões, e pretendem fazer com que prevaleçam. O assunto não vai morrer com esse habeas corpus, isto certamente terá controverso.

Steven Wise<sup>33</sup>

En enero de 2005, yo ya había retornado a mis actividades en la 2ª Fiscalía del Medio Ambiente, en Salvador, en el Estado de Bahia. Yo había concluido los créditos y estaba escribiendo mi tesis sobre los derechos de los animales para el doctorado del Programa de Pos Grado de la Facultad Federal de Pernambuco.

Yo había acabado de leer la obra “The great ape project” de Peter Singer y Paola Cavalieri, y me ha parecido muy interesante la afirmación que hicieron destacando que los grandes primates constituyen el punto débil del chauvinismo humano, y que deberíamos concentrar nuestros esfuerzos en ese punto.<sup>34</sup>

Todos sabemos que Singer no reivindica el reconocimiento de derechos para los animales, él simplemente defensa la inclusión de los grandes primates en el género humano, permitiendo así que ellos sean alcanzados por los derechos humanos.

31 BRASIL. Constituição (1988). Art. 5º § 1º. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

32 Según BENJAMIN, Antonio H. Constitucionalização do ambiente e a ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim e LEITE, José Rubem Morato (Orgs). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 99: “A falta de zelo dos beneficiários na sua fiscalização e defesa não afeta sua validade e eficácia, pois são verdadeiramente direitos atemporais, vinculados contra os efeitos jurídicos decorrentes, como regra, da inação das vítimas diante da prepotência dos degradadores.”

33 WISE, Steven. The entitlement of chimpanzees to the common law writs of Habeas Corpus and the Homine Replegiando. In: **Golden Gate University Law Review**. Vol. 37, 2006-2007, p.219.

34 Para CAVALIERI, Paola; SINGER, Peter. **The great ape project: equality beyond humanity**. New York: St. Martin's Press. 1993, p.386: “ Para aqueles que aspiram a mudança, é de vital importância que compreendam o marco no qual devem atuar, e que aproveitem as contradições existentes nas posturas dos oponentes.... Os reformadores apenas podem partir de uma situação dada e trabalhar a partir dela. Uma vez que há conseguido alguns avanços, seu ponto de partida seguinte estará um pouco adiante, e quando conseguirem ter força suficiente, podem exercer pressão a partir desse ponto.” (Traducción nuestra).

Cierto día llegando a mi despacho tuve una idea que cambiaría completamente mi vida: si los grandes primates pueden ser sujetos de derechos humanos ellos pueden ser pacientes en un Habeas Corpus para la defensa de su libertad física.

Yo vivía cerca del Zoológico de Salvador y como mis hijos estaban en la primera infancia, yo ya conocía los dos chimpancés que ahí estaban enjaulados.

Me enteré que uno de ellos, “Geron”, había fallecido, en 20 de abril de 2005, instauré, *ex officio*, un procedimiento de n. 8/2005 para apurar las condiciones de vida de los chimpancés en aquel establecimiento.

En seguida, intimé los veterinarios del zoológico para una audiencia, momento en el cual me han confirmado que “Geron” había muerto de cáncer, en el día 19 de marzo de 2005, y que su compañera “Suiça” vivía en una jaula de 73 metros cuadrados. A partir de aquel momento yo tomé una decisión: presentaría un *Habeas Corpus* a favor de aquella chimpancé.

Aunque ya tenía en mis manos los fundamentos teóricos para el hecho, sabía que no podría tomar aquella aptitud sin el apoyo de otras personas. Yo sabía que sería insultado y ridiculizado por personas que nunca pararon para pensar en la condición en que vivían los animales.

Después de más de cinco meses entre la apertura del procedimiento hasta la presentación del Habeas Corpus, en 19 de septiembre de 2005, y de la contribución de varias personas en el hecho, especialmente el fiscal Luciano Rocha Santana y el entonces asesor administrativo de la fiscalía: Tagore Trajano.

La verdad es que yo nunca había interpuesto un Habeas Corpus en mi vida profesional. Muy raramente los fiscales lo hacen. Todo lo que yo tenía era un texto confuso formado por la captura de mi tesis doctoral. Después de idas y venidas, varios borradores descartados, llegamos al texto final del *Habeas Corpus*.

A partir de entonces, investimos en encontrar personas dispuestas a donar apoyo político al recto, mismo porque la noticia ya circulaba por los pasillos de la Universidad Federal de Bahía y Universidad Católica de Salvador, y hasta en la Fiscalía del Estado de Bahía.

Más de un mes después obtuvimos el apoyo de las personas que darían legitimidad al proceso. Algunos de los profesores llegaron a firmar el *Writ* y después se arrepintieron, argumentando haber sufrido mucha presión por parte de sus pares.

Otros, sin embargo, dieron inmediato apoyo político a nuestra acción, y a mí me gustaría darles las gracias: los profesores Samuel Vida, Georgeocohama Archanjo, Antonio Ferreira Leal Filho y José Amando Mascarenhas Júnior, las activistas Gislane Brandão (Asociación “Bicho Feliz”), Edna Teixeira (Asociación “Brasileira de Defesa dos Animais”) y Ana Rita Tavares (Asociación “Brasileira Terra Verde Viva”), y a los estudiantes Thiago

Pires, Otto de Jesus, Ana Paula Carvalho, Ana Thais Dummond, Fernanda Oliveira, Arivaldo Souza y Sara Barbosa.

En 19 de septiembre de 2005, finalmente dimos entrada en el *Writ* que recibió el nº 833085-3/2005, y contrariando a las expectativas más conservadoras, en el día siguiente el Juez Edmundo Lúcio da Cruz, titular de la 9ª Vara Criminal del Tribunal de Justicia del Estado de Bahia, reconociendo “tratar-se de materia compleja, que exige alta indagación y profundo examen”, denegó el pedido de liminar y recibiendo la demanda determinó la intimación de la autoridad coautora para informaciones, abriendo un precedente histórico para el mundo jurídico.

Uno de los principales argumentos presentados en el *Writ* fue la interpretación evolutiva, que objetivaba encontrar la voluntad autónoma de las normas para adecuarlas a la realidad social, en razón de cambios históricos, sociales o políticos, atribuyéndoles nuevos contenidos.<sup>35</sup>

Con el paso del tiempo, la hermenéutica jurídica, después de acumular una serie de experiencias, crea mecanismos de cambios y adaptación jurídica, desde los juicios de equidad a la interpretación analógicas, que terminan por posibilitar la convivencia de normas, que a pesar de contradictorias, continúan validas.<sup>36</sup>

Muchas veces los valores sociales tornan una norma obsoleta, como a título de ejemplo, el artículo 219, IV, del antiguo Código civil brasileño, que autorizaba la anulación del matrimonio por error de persona siempre que la mujer hubiera sido desvirgada y ese caso fuera ignorado por el marido, artigo que mismo antes del actual Código Civil ya había sido revocado por la costumbre negativa.<sup>37</sup>

De hecho, podemos encontrar, a lo largo de la historia, actos judiciales que operaron verdaderos efectos de cambios no-formal, mediante adaptaciones efectuadas por procesos de interpretación de la Constitución.<sup>38</sup>

Uno de los ejemplos clásicos de dichos cambios no-formales pasó durante la vigencia de la Constitución de 1891, con la denominada doctrina *brasileña del Habeas Corpus*, desarrollada a partir de las ideas de Rui Barbosa, que extendió a la utilización de aquel instituto del derecho criminal a los conflictos civilistas dónde se identificaba una amenaza de derecho o imposibilidad de su ejercicio por ilegalidad del abuso del poder.<sup>39</sup>

35 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 146.

36 LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997. p. 94-95.

37 BRASIL. Código Civil (1917). Art. 218, caput, e 219, VI

38 BRITO, Edvaldo, **Limites da Revisão Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1993, p.85.

39 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.180. Segundo SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança,**

Es importante subrayar que aunque ese tipo de litigio no alcanzara los objetivos esperados, puede servir de modelo y repercutir positivamente en la esfera social, a ejemplo de lo que pasó en Brasil en 1880, cuando el abolicionista Luiz Gama ingresó con un Habeas Corpus a favor del esclavo Caetano Congo, que había sido preso en Sao Paulo por huir de una finca del Municipio de Campinas, donde constantemente sufría malos tratos.

En ese Habeas Corpus, Luis Gama argumentó que el paciente naciera en la costa de África, y, aunque hubiera sido registrado hace cincuenta años, su verdadera edad era 58, puesto que en aquella época los contrabandistas no importaban niños menores de 10 años. Así, logró demostrar que Caetano había sido trasladado a Brasil en 1832, o sea, un año después que la ley había consignado como ilegal el comercio transatlántico de esclavos.<sup>40</sup>

Aunque la justicia haya recusado el *Writ* y Caetano Congo haya sido devuelto a su propietario, el hecho repercutió negativamente contra los esclavistas, lo que contribuyó políticamente para el fomento del movimiento abolicionista.<sup>41</sup>

En el derecho constitucional Norteamericano vamos encontrar otro ejemplo clásico de la evolución jurídica. Como la Constitución estadounidense de 1787, en sección 2 del artículo 1, autorizaba la esclavitud, en 1857, el famoso caso *Dred Scott vs Sandford*, la Suprema Corte negó a un esclavo la condición de ciudadano.<sup>42</sup>

La abolición de la esclavitud en 1865, por la 13ª enmienda, treinta y uno años después (1896) esta misma Corte juzgó el caso *Plessy vs Ferguson*, afirmando que la doctrina de los iguales, pero separados (*equal but separate*), impidiendo el acceso de estudiantes negros a las escuelas frecuentadas por blancos.

Solamente en 1954, ochenta y nueve años después de la abolición, en el juzgado del caso *Brown vs Board of Education*, la Suprema Corte americana va declarar inconstitucional la segregación de estudiantes negros en las escuelas públicas.<sup>43</sup>

En relación a los animales, en 1972, esa misma Suprema Corte de los Estados Unidos juzgó el famoso caso *Sierra Club vs Morton*, a partir de una demanda presentada

**mandado de injunção, habeas data, ação popular:** as garantias ativas dos direitos coletivos, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 126-127: "A teoria era simplíssima, autêntico ovo de Colombo, à mais singela observação do texto constitucional. Que garante o *Habeas Corpus*? A resposta universal é: a liberdade de locomoção. Qual o pressuposto objetivo, letra constitucional à vista do remédio heróico? A violência ou coação ilegal. E qual o seu pressuposto subjetivo? A ilegalidade ou o abuso de poder, ou seja, a afronta a qualquer princípio constitucionalmente consagrado. Desde pois que essa afronta se cometa em forma de privação da liberdade de locomoção, caso é de *Habeas Corpus*."

40 MENDONÇA, Joseli M. N. **Entre a mão e os anéis:** a lei dos sexagenários e os caminhos da abolição no Brasil. Campinas: Unicamp, 1999. p. 173.

41 Ibid.

42 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 68.

43 Ibid.

por la Asociación Sierra Club contra la US Forest Service solicitando la anulación de la licencia administrativa que autorizaba la construcción de una estación para deportes de invierno en el *Mineral King Valley*, ubicado en la sierra Californiana y bastante conocida por abrigar varias especies de secuías.<sup>44</sup>

Como el Tribunal de Apelación de California había rechazado el pedido, por considerar que ningún miembro de la asociación había sufrido perjuicio, el profesor Christopher Stone escribió un ensayo seminal con el título *Should trees have standing? Toward legal rights for natural objects*, que fue adjuntado al proceso ya en la fase de ser juzgado por la Suprema Corte.<sup>45</sup>

En ese artículo, Stone desarrolla el argumento de la continuidad histórica del derecho, que va ampliando cada vez más en su esfera de protección, de los niños a las mujeres, de los esclavos hasta las sociedades comerciales, asociaciones y colectividades públicas, para concluir que no había razón para refutar la titularidad de los derechos a los animales y a las plantas, que estarían en aquella demanda por la Asociación Sierra Club.<sup>46</sup>

No obstante, contrariando todas las expectativas, tres de los siete jueces de la Suprema Corte de los EUA se declararon favorables a los argumentos de presentados por Stone, y aunque la tese haya sido derrotada, el voto del juez Marshall se tornó antológico, al afirmar que si en aquel país los navíos y las corporaciones podrían ser titulares de derechos, no existirían razones para negar la extensión de esos derechos a los animales y a las plantas.<sup>47</sup>

Como en el Habeas Corpus es el paciente sujeto de derecho en el caso *Suiça vs Zoológico de Salvador* el juez tubo que, inicialmente, admitir que si el *Writ* cumplía las condiciones de la demanda, y para ello tuvo que entrar a analizar se *Suiça* tenía o no *legitimidad ad causam*, eso es, si podría o no ser titular de derecho de libertad de locomoción, si el pedido era posible y si el paciente tenía interés de actuar.

Es que en nuestro sistema, antes de decir si recibe o no una petición inicial, el juez procede a una cognición provisional de mérito, analizando los elementos constantes en la citación de la otra parte cuando está convencido, si *et in quantum*, de la veracidad de las

44 OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p.199. En el derecho procesal civil norte-americano el derecho de acción exige que el autor demuestre (1) la existencia de un daño efectivo; líquido y cierto, actual o inminente; (2) el vinculo de causalidad entre ese daño y la conducta indicada; y (3) que el daño alegado pueda ser reparado o compensado por remedio judicial adoptado en, KELCH, Thomas G. *Toward a non-property status for animals*. **New York University Environmental Law Journal**, New York, p. 535, 1998.

45 FERRY, Luc. **A nova ordem ecológica**: a árvore, o animal, o homem. São Paulo: Ensaio, 1994. p. 15.

46 Ibidem. p. 16.

47 OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 202.

alegaciones del autor y de la probable procedencia del pedido, mismo porque esa decisión no en un simple impulso del proceso, sino una decisión liminar de contenido positivo y de naturaleza interlocutoria.<sup>48</sup>

Además, fue necesario analizar los presupuesto procesales del hecho, decidiendo si su juicio era competente para juzgarlo y si los impetrantes tenían capacidad procesal y postuladora para ingresar con el *Writ*.

Al hacer ese juicio preliminar de admisibilidad de la acción, el juez debe, a partir de entonces considerar inepta la petición inicial y extinguir el proceso sin entrar en el mérito.<sup>49</sup>

Por desgracia, en el día 27 de septiembre de 2005, la chimpancé Suiça falleció, y el proceso fue extinto sin entrar en el mérito, teniendo la muerte del paciente conducido al desaparecimiento del objeto, que consistiera en la coacción ilegal de su libertad de locomoción.<sup>50</sup>

En la sentencia final, publicada coincidentemente en el día 4 de octubre de 2005 el propio juez admite que podría haber extinguido el hecho, *ab initio litis*, juzgando inepta la pieza inicial, por imposibilidad jurídica del pedido y falta de interés de actuar delante de una pretensión inadecuación del instrumento procesal. Pero no lo hizo, y quedará en la historia como el primero juez brasileño a reconocer un grande primate como sujeto de derecho.

El juez Edmundo citó un antiguo precedente del Supremo Tribunal Federal (STF), más actualizado con su tiempo asevera:

Tenho a certeza que, com a aceitação do debate, consegui despertar a atenção de juristas de todo o país, tornando o tema motivo de amplas discussões, mesmo porque é sabido que o Direito Processual Penal não é estático, e sim sujeito a constantes mutações, onde novas decisões têm que se adaptar aos tempos hodiernos.<sup>51</sup>

48 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo processo civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 23.

49 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 302.

50 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 204.

51 BRASIL. Habeas Corpus n. 833085-3/2005 da 9ª Vara Crime da Cidade do Salvador, Bahia. Juiz Edmundo Lúcio da Cruz. **Diário do Poder Judiciário**, 4 de outubro de 2005. Na sentença, o Juiz afirma “ É certo que, com tal decisão inicial, admitindo o debate em relação ao assunto aqui tratado, contrariei alguns ‘juristas de plantão’, que se esqueceram de uma máxima do direito romano que assim preceitua: *Interpretatio in quacumque dispositione sic facienda ut verba non sint superflua et sine virtute operandi* (em qualquer disposição deve-se fazer a interpretação de modo que as palavras não sejam supérfluas e sem virtude de operar)”.

Es importante destacar, que el proceso, a pesar de interrumpido, no puede ser considerado inválido, mismo porque, en la fundamentación de la sentencia el juez dejó claro que el *Writ* cumplía todas las condiciones de la acción, es decir, que la tutela jurisdiccional postulada era sucesible de apreciación, que las partes eran legítimas y que la vía procesal del Habeas Corpus era un instrumento necesario y adecuado y, por lo tanto, podría llegar a un resultado satisfactorio para la paciente.

Así, el caso *Suiça vs Zoológico de Salvador* representó un precedente judicial histórico, un marco judicial del derecho brasileño, al hacer valer una de las principales reivindicaciones del movimiento por los derechos de los animales: el reconocimiento de los animales como sujetos de derecho, dotado de capacidad de reivindicar esos derechos en juicio.

Es necesario subrayar que aunque *Suiça* no hubiera fallecido y el juez no admitiera el *Writ*, considerando, por ejemplo, que el santuario para el cual se pretendía trasladar *Suiça* no ofrecía mejores condiciones que la jaula del zoológico de Salvador, el hecho ya había sido tornado inédito, puesto que lo importante en ese juzgado fue el reconocimiento de que un animal no humano puede ser sujeto de derecho.

El hecho obtuvo repercusión positiva, tanto en la prensa como entre los activistas y científicos de varias universidades del mundo, los cuales celebraron el hecho, enviando mensajes de solidaridad a los autores de la demanda y al magistrado.<sup>52</sup>

De ese modo, el caso *Suiça vs Zoológico de Salvador* demostró que así como las especies, las ideas también avanzan, y que el mundo jurídico no puede simplemente dar las espaldas para los nuevos conocimientos científicos.

Después de la decisión del juez Edmundo Cruz, el hecho que ya había llamado la atención de la prensa nacional, pasó a ser objeto en la prensa internacional. Así, periódicos como *La Voz de Galicia* (España), *Angola Press* (Angola), *Zanimljivosti* (Hungría), *Nachrichte* (Alemania), *Turnul Babel* (Romania) pasaron a noticiar el caso.

Los debates ocurrieron en todos los lugares, aunque la sociedad estuviera dividida, el caso contribuyó con el aumento de la consciencia de las personas para la cuestión de la explotación institucionalizada de los animales.

52 Según SILVA, Tagore Trajano de A. *Brazilian Animal Law Overview: balancing human and non human interests*. In: **Journal of Animal Law**. Vol. VI, Michigan State University. 2010, p.91: Como dicho anteriormente, la principal cuestión en el caso *Suiça vs Zoológico de Salvador* es saber se el *Habeas Corpus* es el instrumento adecuado para la protección de la libertad de los animales. Sea como fuera, ese caso objetivó extender los derechos humanos, tales como los derechos de libertad, vida e integridad física, a los grandes primates, teniendo en vista la semejanza genética entre ellos y los seres humanos. La discusión tuvo repercusión nacional e internacional, por debates en periódicos y televisión alrededor del mundo. (Traducción nuestra).

Mientras muchos ridiculizaban la iniciativa, centenas de activistas, sociedades pro-rectores y científicos de varias partes del mundo enviaron mensajes de apoyo al Fiscal General del Estado de Bahia. Con el apoyo de mis amigos, resistí a todos los ataques y todavía hoy existen personas que son reacias a la discusión del tema.

Mismo entre los autores que reivindicán los derechos de los animales como Carlos Neconency<sup>53</sup>, Daniel Lourenco<sup>54</sup> y Gary Francione<sup>55</sup> la teoría ha sido objeto de críticas, puesto que dichos autores entienden que el argumento de la proximidad genética, por sí solo, no debe justificar la inclusión de los grandes primates en la categoría de “persona”, utilizando el argumento del riesgo de caer en un “especismo selectivo”, que dejaría de fuera las demás especies.

No obstante, de la misma forma que aquellos que se oponen a los derechos de los animales, es un equívoco descalificar la teoría del *Habeas Corpus* para los grandes primates, atacando lo que es justamente el punto más sólido de su construcción: demostrar que las premisas del antropocentrismo son falsas, abriendo camino para la revolución científica, permitiendo la inclusión de otros animales no-humanos en el mundo jurídico.

Además de eso, el hecho de que los grandes primates sean considerados como “persona” no impide que otras especies también puedan ser reconocidas como sujeto de derecho, sea como ente jurídico despersonalizados o defesados por una demanda llamada acción civil pública.

No tengo ninguna duda que el caso Suíça, por haber sido un marco en los casos de los precedentes que contribuyó a la repercusión pública que obtuvo, representó un avance jurídico importante, que seguramente servirá de modelo para otras contribuciones.

## 5. Conclusiones

Acredito que mesmo com a morte de Suica (chimpanzé) o problema continuará a ser discutido, especialmente nas salas das faculdades de direito, visto que muitos colegas, advogados, estudantes e entidades têm manifestado as suas opiniões, e pretendem fazer com que prevaleçam. O assunto não vai morrer com esse habeas corpus, isto certamente continuará controverso.

Steven Wise<sup>56</sup>

53 NACONECY, Carlos Michelon. *Ética & Animais: um guia de argumentação filosófica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

54 LOURENÇO, Daniel Braga. *Direitos dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.2008, p.490 e ss.

55 FRANCIONE, Gary. *The Great Ape Project: not so great*. Disponible en: <<http://www.garyfrancione.blogspot.com>>. Acceso en 9 de Septiembre de 2011.

56 WISE, Steven. The entitlement of chimpanzees to the common law writs of Habeas Corpus and the Homine Replegiando. In: *Golden Gate University Law Review*. Vol. 37, 2006-2007, p.219.

Como vimos, la teoría brasileña del Habeas Corpus para los grandes primates utiliza los avances científicos que compraban que los grandes primates son especies que integran el mismo género de la humanidad para reivindicar la inclusión de esas criaturas en la comunidad jurídica.

El avance de la genética permitió el descubrimiento de que esas criaturas no forman un género en separado de la especie humana, sino al contrario, ellos integran el mismo género de la humanidad, y eso no solo es fruto de una interpretación jurídica avanzada, sino también un hecho científicamente comprobado.

Es importante destacar que los grandes primates no pertenecen a la fauna brasileña, son animales que viven en África y en Asia, pero ante el deslumbre que provocan, están encarcelados en varios países alrededor del mundo, en colecciones particulares, zoológicos y circos, hay una estimativa de que la población total de los grandes primates sea menor que el total del número diario de nacimientos de la especie.<sup>57</sup>

Mismo partiendo del paradigma antropocéntrico, es imperativo admitir que es injustificable la exclusión de esas criaturas de nuestra consideración moral y de la esfera judicial estatal.

Así como la extensión de los derechos de los grandes primates no significa un descaso en relación a los humanos, ella también no significa una omisión en relación a las demás especies, incluso, al revés, abriendo las puertas para un cambio jurídico hacia una abolición de la explotación institucionalidad de los animales.

En una democracia el derecho puede ser un importante instrumento de cambio social, y el caso de Suíça demostró que además de las teorías, la judicialización de los debates en la área de los derechos de los animales puede contribuir para el cambio social.

Algunos años se pasaron, las cosas están cambiando para mejor: el mundo académico ya discute la temática, investigando y produciendo trabajos jurídicos, y hasta los operadores del Derecho empiezan a familiarizarse con el problema jurídico.

El precedente judicial extraído de ese caso tuvo por lo menos tres consecuencias positivas a favor de los derechos de los animales: a) amplió el debate público de la cuestión; b) estimuló el movimiento social a favor de los derechos de los animales; y c) incluyó la cuestión del mundo jurídico brasileño de una forma nunca antes imaginada.

Nosotros sabemos que el derecho cambia, pero también que el suele coger el último tren de la historia. Es que los operadores, muchos de ellos integrantes de la cúpula del Poder del Estado, están fuertemente sometidos a las fuerzas económicas y a los factores de poder.

---

57 Population Action International (PAI). Relative Scarcity: Apes on the Edge. Disponível em <http://www.actionbioscience.org/biodiversity/pai.html>. Capturado em 15.11.2011.

No obstante, algunas veces, el mundo jurídico puede salir delante de la sociedad para a partir de decisiones judiciales que, al principio contrarían el sentido común, acaban por ampliar el espectro a la dignidad humana.

## 6. Referencias

- AGUIAR, Mônica. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro:Forense. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARTLETT, Steve J. Roots of human resistance to animal rights: psychological and conceptual blocks. **Animal Law**. Oregon. 2002.
- BENJAMIN, Antonio H. Constitucionalização do ambiente e a ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim e LEITE, José Rubem Morato (Orgs).**Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 10.<sup>a</sup> Ed. Brasília:UNB.1999.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.
- BRITO, Edvaldo, **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1993.
- BURGIERMAN, Denis Russo. Chimpanzés são humanos. **Superinteressante**. São Paulo, Abril,, julho, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2002.
- CARVALHO, André e WAIZBORT, Ricardo. A mente darwiniana, Em, **Viver mente & cérebro**, fev., 2006.
- CAVALIERI, Paola; SINGER, Peterr. **The great ape project: equality beyond humanity**. New York: St. Martin's Press. 1993.
- CRETELLA JR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DAWKINS, Richard. DAWKINS, Richard. “Gaps in the Mind”, In: CAVALIERI, Paola and
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

- DIAMOND, Jared. The third chimpanzee. In: **The great ape project: equality beyond humanity**. New York: St. Martin., p. 88-101, 1993.
- DUNBAR, R. I. M. What's in a classification. **The great ape project: equality beyond humanity**. New York. 1993, p.109-112.
- FERRY, Luc. **A nova ordem ecológica: a árvore, o animal, o homem**. São Paulo: Ensaio, 1994.
- FRANCIONE, Gary. "Personhood, Property and Legal Competence". In: **The Great Ape Project: equality beyond humanity**. CAVALIERI, Paola and SINGER, Peter (ed) New York: St. Martin. 1993.
- GOODMAN, Morri set al. Implications of natural selection in shaping 99.4% nonsynonymous DNA identity between humans and chimpanzees: enlarging genus homo. Detroit: Wayne State University School of Medicine. 2003. Disponível em <<http://www.intl.pnas.org>>. Acesso em 9 ago 2007.
- GORDILHO, Heron J. S. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução. 2009.
- HALL, Lee and WATERS, Jon. **From Property to person: The case of Evelyn Hart**. Disponível em <http://www.Personhood.org/lawreview>. Capturado em 8 de maio de 2006.
- HAMILTON, Alexander et al, **O federalista: um comentário à Constituição americana**, Rio de Janeiro, Nacional de Direito, 1959.
- KANT, Emanuel. **Doutrina do Direito**. trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 22, abr./jun. 2001.
- LOCKE, John. **An Essay Concerning Human Understanding**, London: George Routledge and Sons Limited. p.246.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.
- LOURENÇO, Daniel Braga. **Direitos dos animais: fundamentação e novas perspectivas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2008.
- MENDONÇA, Joseli M. N. **Entre a mão e os anéis: a lei dos sexagenários e os caminhos da abolição no Brasil**. Campinas: Unicamp, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo processo civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NACONECY, Carlos Michelon. **Ética & Animais: um guia de argumentação filosófica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

- OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PAYNE, Ruth. Animal welfare, animal rights, and the path to social movement's struggle for coherency in the quest for change. **Virginia Journal of Social Policy and the Law Association**. Spring, 2002.
- QUAMMEN, David. Darwin estava errado?. **National Geographic Brasil**. São Paulo, nov., 2004.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Jurídica, 200.
- RACHELS, James. Do animals have a right to liberty. In: REGAN, Tom; SINGER, Peter. **Animal rights and human obligations**. New Jersey: Prentice-Hall, 1976.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- SILVA, Tagore Trajano de A. Brazilian Animal Law Overview: balancing human and non human interests. In: **Journal of Animal Law**. Vol. VI, Michigan State University. 2010.
- SILVERSTEIN, Helena. **Unleashing rights: law, meaning, and the Animal Rights Movement**. Michigan: University of Michigan, 1996.
- SINGER, Peter. "Prefácio". In: YNTERIAN, Pedro A. **Nossos Irmãos Esquecidos**. São Paulo: Arujá, SP: Terra Brasilis, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Libertação Animal**. trad. Marly Winckler. Salvador: Evolução. 2008.
- STEFOFF, Rebecca. **Charles Darwin: A revolução da evolução**. São Paulo: Companhia das Letras. 2007.
- SUNSTEIN, Cass R. The rights of animals. **University of Chicago Review**. Chicago, 2003.
- TRIBE, Laurence. "Ten Lessons our Constitutional Experience can Teach us About the Puzzle of Animal Rights: The Work of Steven M. Wise." In: **Animal Law Review**. 2001.
- WISE, Steven M. **Rattling the cage: toward legal rights for animals**. Cambridge and Massachusett: Perseus. 2000.
- WISE, Steven M. The entitlement of chimpanzees to the common law writs of Habeas Corpus and the Homine Replegiando. In: **Golden Gate University Law Review**. Vol. 37, 2006-2007, p.219-290.

# LICITAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

---

GIL CÉSAR COSTA DE PAULA

Coordenador. Mestrado em direito, relações internacionais e desenvolvimento, PUC Goiás.

## Resumo

Neste artigo procura-se discutir a questão da sustentabilidade nas contratações públicas, tendo em vista que o poder público no Brasil se constitui como um grande agente promotor do desenvolvimento econômico e necessita adequar suas aquisições a agenda mundial da sustentabilidade.

## Palavras-chave

Licitações; Sustentabilidade; Poder público; Brasil.

## Abstract

In this article we will discuss the issue of sustainability in public procurement, given that the government in Brazil is constituted as a great promoter of economic development and needs to adapt its acquisitions worldwide sustainability agenda.

## Key words

Bids; Sustainability; Public Power; Brazil.

## 1. Introdução

A sustentabilidade nas contratações públicas tem assumido status de discussão e deliberação dos órgãos de direção superior do poder judiciário, como o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e Conselho Superior da Justiça do Trabalho-CSJT, sendo que este último editou a Resolução nº103, de 25 de maio de 2012, na qual se esta preocupação está assim expressa:

Trabalho revela-se em sintonia com um processo em curso no Brasil e no mundo, que consiste na percepção de que a forma como a humanidade vive e como tem se desenvolvido até agora não se sustentará por muito tempo, ante a constatação de que os recursos naturais presentes no planeta

são em sua grande maioria finitos. Em todo o mundo buscam-se formas mais justas e sustentáveis de existir, ou seja, padrões sustentáveis de produção e consumo, preservação dos recursos e redução das desigualdades sociais.

Boa parte da comunidade científica mundial entende que *“não há como viabilizar sete bilhões de pessoas, com o padrão de consumo e as aspirações do mundo contemporâneo nos limites físicos da terra”*

A consciência da responsabilidade de cada cidadão, das organizações em geral e, em especial, do poder público, quanto a mudanças que viabilizem a continuidade da vida no planeta, vem crescendo a cada dia, ainda que com percalços, de forma contraditória, com avanços e retrocessos, e com as dificuldades inerentes aos processos humanos. Diversos exemplos e iniciativas condizentes com a necessária transformação que nos é exigida podem ser identificados em todo o mundo: avanços na ciência e na tecnologia, na participação social, nos arcabouços normativos nacionais e internacionais, na responsabilidade social por parte das organizações, preocupação crescente com o respeito aos direitos humanos e diversos outras iniciativas em todos os países.

O Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis – PPCS2 –, lançado em novembro de 2011 pelo Ministério do Meio Ambiente, é o documento guia das ações de governo, do setor produtivo e da sociedade que direciona o Brasil para padrões mais sustentáveis de produção e consumo, com redução da pobreza.

Em seu primeiro ciclo, de 2011 a 2014, o PPCS focará seus esforços em seis áreas principais, a saber: educação para o consumo sustentável; varejo e consumo sustentável; aumento da reciclagem; compras públicas sustentáveis; construções sustentáveis; e Agenda Ambiental na Administração Pública – A3P, na qual figura como um dos eixos temáticos a Licitação Sustentável. Vale ressaltar que os outros eixos temáticos da A3P – uso racional dos recursos naturais e bens públicos; gestão adequada dos resíduos gerados; qualidade de vida no ambiente de trabalho e sensibilização e capacitação –, bem como as áreas de foco do PPCS, têm relação direta com as contratações públicas.

O governo brasileiro trabalha no sentido de que o debate na Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável - Rio +20 - gire em torno de um compromisso global pela sustentabilidade, pela inclusão e pela erradicação da pobreza extrema no mundo. Tais propostas integram o documento com os oito objetivos que o governo brasileiro definiu para compor a pauta do encontro.

Nesse sentido, o documento oficial com a posição do Brasil encaminhado à ONU enfatiza o papel do Estado como indutor e regulador do desenvolvimento sustentável:

*(...) é fundamental que o Estado retome seu papel de indutor e regulador do desenvolvimento, favorecendo a adoção de práticas econômicas e processos produtivos inovadores, calcados no uso racional e na proteção dos recursos naturais e na incorporação de pessoas excluídas à economia, por meio do acesso ao emprego, ao trabalho decente e à renda. Por meio de instrumentos econômicos e políticas públicas, o Estado deve remover barreiras e criar incentivos positivos, que facilitem a adesão do setor produtivo a padrões mais sustentáveis sob as óticas econômica, ambiental e social (...). O Estado pode ainda influenciar significativamente a adoção de modelos mais sustentáveis pela forma como aufere e aplica a receita. Os instrumentos de política fiscal, associados à valoração de serviços ambientais, desempenham, nesse sentido, papel central no repertório de políticas do Estado, por meio dos quais podem ser estabelecidos estímulos positivos para a adoção de padrões mais sustentáveis em toda a cadeia produtiva (...). As compras públicas e investimentos também podem desempenhar papel nesse contexto.*

O conceito de contratações públicas sustentáveis foi objeto de reflexão do referido conselho que a propósito assim se posicionou:

### **CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS**

As contratações públicas sustentáveis constituem instrumentos relevantes de contribuição para a reorganização da economia com novos paradigmas. No Brasil inserem-se em um contexto de agendas nacionais que orientam as ações e as políticas para o desenvolvimento sustentável, ou seja, para uma forma de desenvolvimento que satisfaça “*as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades*”.

Sob tal perspectiva, as contratações públicas sustentáveis representam a adequação da contratação ao que se chama consumo sustentável. Significa pensar a “proposta mais vantajosa para a administração” levando-se em conta não apenas o menor preço, mas o custo como um todo, considerando a manutenção da vida no planeta e o bem-estar social. Vale lembrar que os recursos naturais do país e sua biodiversidade são recursos públicos e como tal devem ser preservados.

De acordo com o Guia de Compras Públicas Sustentáveis da Fundação Getúlio Vargas, “*Licitação Sustentável é uma solução para integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo de compra e contratação dos agentes públicos (governos) com objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humano*”.

As compras governamentais, que no Brasil movimentam em torno de 10 a 15% do PIB6, afetam setores importantes da economia e têm um grande poder de influenciar os rumos do mercado. Cabe ao governo, como grande comprador, além de dar o exemplo, estimular uma economia “*que resulte em melhoria do bem-estar humano e equidade social, ao mesmo*

*tempo em que gere valor para a Natureza, reduzindo significativamente os impactos e riscos sociais e ambientais e a demanda sobre recursos escassos do ecossistema e da sociedade”.*

**Referida resolução prevê dentre outros aspectos o seguinte:**

**Sobre os critérios estabelece em seu artigo 1º que:**

Art. 1º É aprovado o Guia Prático para inclusão de critérios de sustentabilidade a serem observados na aquisição de bens e na contratação de obras e serviços no âmbito da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, nos termos do anexo desta Resolução.

**Determina o uso do guia por todos os órgãos da JT, do seguinte modo:**

Art. 2º O Guia Prático será disponibilizado nos portais eletrônicos do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, constituindo-se em instrumento de consulta para elaboração de editais de licitação, de termos de referência ou de especificações.

§ 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão estabelecer outras práticas sustentáveis, além daquelas previstas no Guia Prático, consideradas as peculiaridade regionais.

Art. 7º Os Tribunais Regionais do Trabalho incluirão em seus programas de capacitação cursos destinados a sensibilizar e instruir gestores e demais envolvidos para a concretização de compras e contratações sustentáveis.

Art. 8º Os Planejamentos Estratégicos da Justiça do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho deverão conter indicadores e metas sobre compras e contratações sustentáveis, a fim de mensurar, pelo menos, a disseminação do tema entre servidores e magistrados, a efetiva adoção de critérios de sustentabilidade nas compras e contratações e a redução do consumo de insumos, a exemplo de água e energia elétrica.

### **OBJETIVO:**

Cuida-se, enfim, de um guia em permanente construção. Solo fértil para que os servidores envolvidos com contratações públicas contribuam com conhecimentos e experiências para as futuras revisões e atualizações. As diretrizes são norteadoras para *o fazer* com responsabilidade social. A intenção é que este guia estimule o surgimento de novas proposições e pesquisas, que potencialize as ideias, gere ações e propicie o surgimento de uma cultura para a sustentabilidade no âmbito da Justiça do Trabalho.

**Alguns destaques sobre as contratações:**

### **I - BENS DE CONSUMO E MATERIAIS PERMANENTES**

Recomendações gerais:

A opção por produtos mais sustentáveis deve ser feita de forma gradativa, com a definição de metas crescentes de aquisição, observando-se os preços e a oferta no mercado, com razoabilidade e proporcionalidade.

Devem ser realizadas consultas ao Catálogo de Materiais (CATMAT) do Sistema de Compras do Governo Federal quanto aos itens classificados como mais sustentáveis, disponível no Portal [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br);

Sempre que possível e no que couber, deve ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, em observância a Lei nº 12.349/2010;

Deve ser observado, quando das contratações de bens, serviços e obras, o atendimento às normas técnicas, elaboradas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), nos termos da Lei nº 4.150/62, bem como outras similares tudo com o objetivo de aferir e garantir a aplicação dos requisitos mínimos de qualidade, utilidade, resistência e segurança dos materiais utilizados.

#### **Comprovação quanto aos critérios exigidos:**

Em geral, a comprovação pode ser feita mediante inscrição nos rótulos, nas embalagens, por informações disponíveis no *site* do fabricante e em *sites* dos órgãos competentes, por apresentação de certificação emitida por instituição pública oficial, ou por instituição credenciada, ou por qualquer outro meio de prova que ateste que o bem fornecido cumpre com as exigências do edital;

Para produtos fabricados com madeira, deve-se exigir o certificado de procedência da madeira - DOF (emitido pelo IBAMA), comprovando a utilização de madeira legal e proveniente de manejo florestal responsável ou reflorestamento;

Para comprovação dos componentes da fórmula química dos produtos, observar a rotulagem, que é obrigatória e testada pela ANVISA.

#### **1– MATERIAL DE EXPEDIENTE**

Papel confeccionado com madeira de origem legal, com a apresentação do DOF12, preferencialmente reciclado. O fabricante ou o fornecedor deverá apresentar declaração que ateste o cumprimento da exigência quanto à origem legal da madeira; a declaração será dispensada quando o papel possuir o certificado CERFLOR13 ou FSC14;

Itens derivados do papel (envelopes, pastas classificadoras, agendas, cartões de visita etc.) preferencialmente reciclados;

Envelopes reutilizáveis, preferencialmente de papel reciclado;

Itens constituídos em todo ou em parte por materiais reciclados atóxicos e biodegradáveis;

Lápis fabricados com madeira de origem legal, ou feito com material reciclado.

#### **2 – MATERIAL DE LIMPEZA**

Materiais menos agressivos ao meio ambiente;

Produtos concentrados, que utilizam menor quantidade de matéria prima e água na sua fabricação e acondicionados em embalagens menores;

Sabão em barra e detergentes em pó preferencialmente à base de coco ou isentos de fósforo e, quando inexistentes no mercado, exigência de comprovação de teor que respeite o limite máximo de concentração de fósforo, conforme Resolução 359/2005 do CONAMA;

Produtos com embalagens recicladas ou recicláveis, de papelão ou de plástico à base de etanol de cana-de-açúcar;

Os produtos deverão ser fabricados com tensoativos biodegradáveis<sup>15</sup>, e, preferencialmente, com matérias primas de origem vegetal e não poluente, 100% biodegradáveis.

Esponjas fabricadas com solvente à base d'água;

Produtos que possuam comercialização em refil<sup>16</sup>;

Os produtos deverão ser notificados ou registrados na ANVISA, conforme determina a legislação ([www.anvisa.gov.br/saneantes/legis/index.htm](http://www.anvisa.gov.br/saneantes/legis/index.htm)).

### **3 – CARTUCHOS E TONER**

Nas aquisições de cartuchos de tinta e de toner, o fornecedor deve indicar como será feita a coleta para a correta destinação final pelo fabricante;

Quando regulamentados os acordos setoriais previstos na Lei nº 12.305/2010, deverá ser exigida a logística reversa, cabendo ao fornecedor o recolhimento do material;

A sistemática de recolhimento deverá indicar as quantidades mínimas de cartuchos a serem recolhidos por evento, os responsáveis pelo recolhimento, bem como a especificação e detalhamento da destinação dos cartuchos usados;

Somente serão considerados apropriados os procedimentos de destinação dos cartuchos usados quando orientados para os seguintes objetivos:

o Reaproveitamento ou reutilização das peças e componentes dos cartuchos não sujeitos a desgastes, efetivados sob supervisão do fabricante do cartucho;

Destinação ambientalmente adequada dos resíduos dos cartuchos, devidamente licenciada pelo órgão ambiental competente, a ser efetivada pelo fabricante do cartucho ou por representante autorizado.

### **4 – PILHAS E BATERIAS**

**Na aquisição de pilhas e baterias, deve-se exigir que:**

As embalagens das pilhas e baterias, fabricadas no País ou importadas, contenham as informações que atendam ao art. 14 da Resolução nº 401/2008 – CONAMA;

No corpo das pilhas e baterias conste informações que atendam ao disposto no art. 16 da Resolução nº 401/2008 – CONAMA;

Nas especificações de baterias chumbo-ácido, e pilhas e baterias níquel-cádmio e óxido de mercúrio, sejam observados os limites máximos desses elementos, conforme o disposto na

Resolução nº 401/2008 – CONAMA;

O A comprovação dar-se-á pela apresentação de laudo do laboratório acreditado pelo Inmetro, comprovando os teores máximos permitidos de chumbo, cádmio e mercúrio, previstos na Resolução CONAMA nº 401/2008, para cada tipo de produto listado naquele documento;

Devem ser adquiridas pilhas e baterias de fabricantes ou importadores que estejam inscritos no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais - CTF.

Nas aquisições de pilhas e baterias, o fornecedor deve indicar como será feita a coleta para a correta destinação final pelo fabricante;

Quando regulamentados os acordos setoriais previstos na Lei nº 12.305/2010, deverá ser exigida a logística reversa, cabendo ao fornecedor o recolhimento do material;

Deve ser verificada a legislação local para recolhimento de pilhas e baterias; O armazenamento de pilhas e baterias deve atender aos critérios ambientais.

## **5 - EQUIPAMENTOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO**

Os Tribunais deverão exigir no edital que os equipamentos de tecnologia de informação e comunicação, bem como os seus periféricos e acessórios não contenham substâncias perigosas como mercúrio (Hg), chumbo (Pb), cromo hexavalente (Cr(VI)), cádmio (Cd), bifênil- polibromados (PBBs), éteres difênil-polibromados (PBDEs) em concentração acima da recomendada pela diretiva da Comunidade Econômica Européia Restriction of Certain Hazardous Substances – RoHS17;

As especificações devem contemplar, preferencialmente, as configurações aderentes aos computadores sustentáveis, também chamados TI Verde, conforme dispõe a Portaria nº 2/2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, e atualizações posteriores, disponíveis na rede mundial de computadores no endereço <http://www.governoeletronico.gov.br/sispconteudo/especificacoes-tic>, utilizando assim materiais que reduzam o impacto ambiental.

As aquisições de bens de tecnologia da informação devem estar em consonância com o Plano Diretor de Tecnologia da Informação (PDTI) da Justiça do Trabalho, e de cada Tribunal em particular;

O edital deve exigir do fornecedor (fabricante, importador, distribuidor ou comerciante) a indicação das medidas necessárias para assegurar a operacionalização do recolhimento dos equipamentos que contenham materiais perigosos, inclusive em relação ao suprimento (cartuchos, toners);

Nas aquisições de impressoras deverá ser exigida da contratada a apresentação de Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos, comprovando a correta destinação de resíduos perigosos, inclusive para o recolhimento dos cartuchos de tinta e de toner usados.

## II – CONTRATOS DE SERVIÇOS

Sem prejuízo da legislação e das normas vigentes que amparam as contratações de serviços pela Administração Pública, na elaboração do Projeto Básico ou Termo de Referência para as contratações da Justiça do Trabalho deverá constar que:

### **Para os serviços que envolvam a utilização de mão de obra, em geral:**

A contratada deverá obedecer às normas técnicas, de saúde, de higiene e de segurança do trabalho, de acordo com as normas do Ministério do Trabalho e Emprego;

### **Para os serviços de impressão e de cópia:**

A contratada devesse proceder à separação dos resíduos recicláveis descartados de forma seletiva, especialmente o papel, de acordo com o programa de coleta seletiva do órgão, em observância ao Decreto nº 5.940/2006;

Deverá ser exigida da contratada a apresentação de sistemática para o recolhimento dos cartuchos de tinta e de toner usados, e de sua correta destinação, na forma indicada no item 5.3 deste Guia.

O uso das citações acima, embora deixem o texto carregado para o leitor, é importante para elucidar o tratamento dado pelos conselhos superiores da justiça brasileira sobre o tema.

O conceito de contratações públicas sustentáveis será objeto de reflexão a seguir, na qual procuraremos fazer apenas as citações que forem necessárias a compreensão do assunto.

## **2. Sustentabilidade e Governança Licitações Sustentáveis**

### *2.1. Aspectos Conceituais*

A que se deixar claro que não existe, em termos legais, a definição de Licitação Sustentável. O que existe são definições doutrinárias, nesse trabalho apresentamos algumas delas.

Para Ana Maria Vieira Neto (2014, p.17), compras públicas sustentáveis são a “política pública de contratações que usa o poder de compra do Estado para implementar o

desenvolvimento econômico e social, bem como a redução do impacto ambiental, usando critérios e procedimentos diferenciados.”

Rejane Maria Tavares Santos (2011, p. 57), em sua dissertação de Mestrado, define como:

As compras públicas sustentáveis correspondem a uma forma de inserção de critérios ambientais nas compras e contratações realizadas pela Administração Pública, visando à maximização do valor adicionado (utilidade, qualidade, durabilidade) e, ao mesmo tempo, a minimização dos impactos ambientais e sociais adversos.

Para Rachel Biderman (et al, 2008, p. 21):

A licitação sustentável é uma solução para integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo da compra e contratação dos agentes públicos (de governo) com o objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos. A licitação sustentável permite o atendimento das necessidades específicas dos consumidores finais por meio da compra do produto que oferece o maior número de benefícios para o ambiente e a sociedade.

Nesse sentido, as contratações sustentáveis abrangem as três dimensões do desenvolvimento sustentável, definidos pelo Relatório Brundtland e Agenda 21, que são sociedade, meio ambiente e tecnologia.

Estas devem considerar os impactos econômicos, sociais e ambientais durante todo o ciclo de vida da compra, desde o desenho do produto, passando pela fabricação ou cadeia de fornecedores, o uso e a gestão e tratamento final que este produto sofrerá.

## 2.2. Aspectos Legais

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, já se via, por parte do legislador brasileiro, a preocupação com a preservação do meio ambiente, o que deu origem a uma ampla legislação a respeito do tema, dividida em leis, decretos e instruções normativas, entre outros.

A Política Nacional do Meio Ambiente foi promulgada em 1981, como Lei n. 6.938, estabelecendo os princípios da regulamentação ambiental, definindo os principais conceitos de direito ambiental e “visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”.

Em 1985, foi promulgada a Lei 7.347 – Lei da Ação Civil Pública, que tutela os direitos difusos e coletivos e regulamentou as ações de responsabilidade por dano causado ao meio ambiente e ao consumidor, entre outros direitos.

Como informado no Capítulo I deste trabalho, a Constituição Federal reservou o Capítulo VI ao tema Meio Ambiente, tratando-o mais especificamente no artigo 225, que diz:

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.  
(grifamos)

O legislador, porém, não limitou o assunto a este artigo, uma vez que, cita-o diversas vezes no escopo da Carta Magna, estabelecendo competências e responsabilidades para sua manutenção e preservação.

No Título VII, que trata da ordem econômica e financeira, a CF/88 estabeleceu entre seus princípios a proteção ao meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, princípios que também estão incluídos na definição de Desenvolvimento Sustentável, do Relatório Brundtland:

Art. 170. A **ordem econômica**, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
(...)

VI - **defesa do meio ambiente**, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - **redução das desigualdades regionais e sociais**;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - **tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País**.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte**, assim definidas em lei, **tratamento jurídico diferenciado**, visando a **incentivá-las** pela **simplificação de suas obrigações** administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

(grifamos)

Como pontapé inicial para as chamadas Compras Públicas Sustentáveis, em 2006, foi editada a Lei Complementar n. 123, estabelecendo normas gerais relativas

ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez que, como visto, o conceito de sustentabilidade engloba também o desenvolvimento econômico.

Nas palavras do Relatório Brundtland (1991, p.3-4), “os governos e as entidades multilaterais tornam-se cada vez mais conscientes da impossibilidade de separar as questões relativas ao desenvolvimento econômico das questões relativas ao meio ambiente.”

Em resposta à aceitação do Brasil aos termos das várias convenções sobre meio ambiente da ONU, em especial aos termos do Protocolo de Montreal, Agenda 21 Global e Protocolo de Kyoto, foram surgindo várias normatizações esparsas, que incluíram critérios de sustentabilidade nas compras públicas, como exemplos:

- a) Decreto n. 2.783/98, proibiu entidades do governo federal de comprar produtos ou equipamentos contendo substâncias degradadoras da camada de ozônio;
- b) Decreto n. 4.131/02, dispôs sobre medidas emergenciais de redução do consumo de energia elétrica no âmbito da Administração Pública Federal;
- c) Resolução CONAMA n. 307/02, estabeleceu critérios e procedimentos para gestão de resíduos na construção civil;
- d) Portaria n. 61/08 do Ministério do Meio Ambiente, estabeleceu práticas de sustentabilidade ambiental quando das compras públicas sustentáveis do órgão:

Art. 1º Nas licitações e demais formas de contratações promovidas pelo Ministério do Meio Ambiente e suas entidades vinculadas deverão ser observadas:

I - a **preferência** por fornecedores e produtos comprovadamente de **menor impacto ambiental**;

II - justificativa e **especificações técnicas ambientais**, de forma a atender ao interesse da Administração Pública, de **preservação do meio ambiente e do bem estar social**.

(grifamos)

- e) Portaria n. 43/09 do Ministério do Meio Ambiente, proibiu o uso do amianto em obras públicas e veículos de todos os órgãos vinculados à administração pública;
- f) Lei n. 12.187/09, instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC, estabelecendo preferência para a exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases visando:

Art. 4º - A Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC visará:

I - **à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a proteção do sistema climático;**

II - à redução das emissões antrópicas de gases de efeito estufa em relação às suas diferentes fontes;

III- (VETADO);

IV - ao fortalecimento das remoções antrópicas por sumidouros de gases de efeito estufa no território nacional;

V- à implementação de medidas para promover a adaptação à mudança do clima pelas 3 (três) esferas da Federação, com a participação e a colaboração dos agentes econômicos e sociais interessados ou beneficiários, em particular aqueles especialmente vulneráveis aos seus efeitos adversos;

VI - à preservação, à conservação e à recuperação dos recursos ambientais, com particular atenção aos grandes biomas naturais tidos como Patrimônio Nacional;

VII - à consolidação e à expansão das áreas legalmente protegidas e ao incentivo aos reflorestamentos e à recomposição da cobertura vegetal em áreas degradadas;

VIII - ao estímulo ao desenvolvimento do Mercado Brasileiro de Redução de Emissões - MBRE.

**Parágrafo Único . Os objetivos da Política Nacional sobre Mudança do Clima deverão estar em consonância com o desenvolvimento sustentável a fim de buscar o crescimento econômico, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.**

(grifamos)

Em 2010, a Lei 8.666/93 foi alterada pela Lei 12.349, incluindo em seu artigo 3º, como objetivo da licitação “a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, que não existia na lei original:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e **a promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(grifamos)

Em consequência desta alteração, foram sendo editadas normatizações, visando dar efetividade à nova determinação da Lei Geral de Licitações, como exemplo, citamos:

- a) Instrução Normativa n. 01/10 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, dispôs sobre critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela administração pública direta, autárquica e fundacional:

Art. 1º Nos termos do art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, **as especificações para a aquisição** de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional **deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias primas.**

(grifamos)

- b) Lei n. 12.305/10, instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, estabelecendo prioridade nas aquisições e contratações governamentais de produtos reciclados e recicláveis, entre outros:

Art. 6º São **princípios** da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

(...)

**IV - o desenvolvimento sustentável;**

V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e **tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta;**

(...)

VIII - o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, **gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania;**

(...)

**IX - o respeito às diversidades locais e regionais;**

(...)

**Art. 7º** São **objetivos** da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

I - **proteção** da saúde pública e **da qualidade ambiental;**

II - não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;

III - estímulo **à adoção de padrões sustentáveis de produção** e consumo de bens e serviços;

IV - adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de **minimizar impactos ambientais;**

(...)

XI - **prioridade, nas aquisições e contratações governamentais**, para:

a) **produtos reciclados e recicláveis**;

b) bens, serviços e obras que considerem **critérios** compatíveis com padrões **de consumo social e ambientalmente sustentáveis**;

XII - integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a **responsabilidade compartilhada** pelo ciclo de vida dos produtos;

(...)

XV - **estímulo** à rotulagem ambiental e **ao consumo sustentável**.

(grifamos)

- c) Lei 12.462/2011, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC para os eventos: Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016, a Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e a Copa do Mundo de futebol de 2014, entre outros:

Art. 2º Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:

(...)

IV - projeto básico: **conjunto de elementos necessários e suficientes**, com nível de precisão adequado, **para**, observado o disposto no parágrafo único deste artigo:

(...)

b) assegurar a viabilidade técnica e o **adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento**.

(...)

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei **serão observadas** as seguintes diretrizes:

(...)

III - **busca da maior vantagem para a administração pública**, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de **natureza econômica, social ou ambiental**, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

(...)

§1º **As contratações** realizadas com base no RDC **devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:**

I - **disposição final ambientalmente adequada** dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e **compensação ambiental**, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - **utilização de produtos, equipamentos e serviços que**, comprovadamente, **reduzam o consumo de energia e recursos naturais**;

(grifamos)

- d) Decreto n. 7.746/12, regulamentou o art. 3º da Lei 8.666 estabelecendo critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações públicas:

Art. 2º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes **poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade** objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto.

Parágrafo Único. A **adoção de critérios e práticas de sustentabilidade** deverá ser justificada nos autos e **preservar o caráter competitivo do certame**.

Art. 3º Os **critérios e práticas de sustentabilidade** de que trata o art. 2º serão veiculados como **especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada**.

(...)

Art. 4º São **diretrizes** de sustentabilidade, entre outras:

I – **menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água**;

II – **preferência para** materiais, tecnologias e matérias-primas de **origem local**;

III – **maior eficiência na utilização de** recursos naturais como **água e energia**;

IV – **maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local**;

V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;

VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e

VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Art. 5º A **administração pública** federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes **poderão exigir** no instrumento convocatório para a aquisição de bens que **estes sejam constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade**.

Art. 6º **As especificações** e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia devem ser elaboradas, nos termos do art. 12 da Lei n. 8.666, de 1993, de modo a **proporcionar a economia da manutenção** e operacionalização da edificação e a **redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental.**

Art. 7º O instrumento convocatório poderá prever que o contratado adote **práticas de sustentabilidade na execução dos serviços contratados e critérios de sustentabilidade no fornecimento dos bens.**

(...)

(grifamos)

- e) Lei Complementar n. 147/14, alterou a LC n. 123/06 - Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Contém disposições de natureza tributária, com o objetivo de fomentar a atividade empresarial por meio da redução da carga fiscal e da simplificação das formalidades nessa área, e inclui disposições relativas à preferência de participação da ME e EPP nos certames licitatórios:

Art. 42. Nas **licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal** das microempresas e empresas de pequeno **porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.**

(...)

Art. 44. Nas licitações **será assegurada**, como critério de desempate, **preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.**

§ 1º **Entende-se por empate** aquelas situações em que **as propostas apresentadas** pelas microempresas e empresas de pequeno porte **sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.**

§ 2º Na modalidade de **pregão**, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo **será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.**

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, **ocorrendo o empate**, proceder-se-á da seguinte forma:

I - **a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora** do certame, situação em que **será adjudicado em** seu favor o

(...)

Art. 47. **Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá**

**ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.**

(...)

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, **a administração pública:**

I - **deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte** nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - **poderá**, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, **exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;**

III - **deverá estabelecer**, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, **cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.**

(...)

§ 3º **Os benefícios referidos no caput deste artigo** poderão, justificadamente, **estabelecer a prioridade de contratação** para as **microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento)** do melhor preço válido.

(grifamos)

Encontramos vários julgados do Tribunal de Contas da União acatando a necessidade de se instituir, no âmbito da Administração Pública, critérios de sustentabilidade nas contratações.

Vejamos alguns exemplos:

#### **Acórdão 1978/2009, TCU:**

8.1.1 o **conceito da proposta mais vantajosa**, inserido no caput do artigo 3º da Lei n. 8.666/1993, **não se confunde com o de ‘mais barato’**, visto que sua compreensão pressuporia o atendimento das exigências constitucionais de **economicidade e eficiência**; ‘as circunstâncias de uma determinada situação específica podem fazer com que o fornecimento por diversas empresas não seja útil para a Administração, sendo-lhe manifestamente mais vantajoso que o objeto do contrato seja adjudicado a um único fornecedor’; em seguida, ampara o entendimento nos ensinamentos de Antônio Carlos Cintra do Amaral, textualmente: **‘É comum considerar-se que a maior vantagem para a Administração está sempre no menor preço. Isso reflete o entendimento, equivocado, de**

**que a lei consagra a tese de que o mais barato é sempre o melhor, sem contemplação com a técnica e a qualidade. Esse entendimento não corresponde ao disposto na Lei 8.666/93 e conflita com os princípios da razoabilidade, eficiência e economicidade, que regem os atos administrativos, inclusive os procedimentos licitatórios.'**

**Acórdão 1752/2011, TCU:**

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. **recomendar** ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que apresente, em 90 (noventa) dias, **um plano de ação visando a orientar e a incentivar todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal a adotarem medidas para o aumento da sustentabilidade e eficiência no uso de recursos naturais, em especial energia elétrica, água e papel**, considerando a adesão do País aos acordos internacionais: **Agenda 21, Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e Processo Marrakech**, bem como o disposto na Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009, na Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, na Lei n. 10.295, de 17 de outubro de 2001, no Decreto n. 5.940, de 25 de outubro de 2006, e na Instrução Normativa SLTI/MP n. 1, de 19 de janeiro de 2010;

**Acórdão N. 3241/2013 - TCU - 2ª Câmara**

1.8.1. **a não adoção de critérios de sustentabilidade ambiental na realização de licitações contraria o art. 3º da Lei 8.666/1993 e a Instrução Normativa SLTI 01/2010;**

**Acórdão N. 4482/2014 - TCU - 2ª Câmara**

**Recomendação** ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) **para que promova campanhas educativas e de conscientização** acerca da sustentabilidade ambiental junto aos seus servidores e **adote critérios de sustentabilidade ambiental em suas licitações**, na aquisição de bens, materiais de TI e na contratação de obras e serviços.

### 3. Conclusões

Diante de tudo isso, pode-se concluir que de 2006 para cá, ou em pouco mais de 9 anos, a legislação brasileira sobre aquisições sustentáveis amadureceu a ponto de trazer normas específicas, leis, decretos e, especialmente, portarias, instruções normativas e resoluções editadas por órgãos e entidades que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente, assim como julgados dos órgãos de controle que amparam amplamente o gestor público a nortear suas ações no sentido de implementar as compras públicas sustentáveis no âmbito das repartições, visando fomentar o desenvolvimento econômico e social e a preservação do meio ambiente.

Por outro lado, falta preparar tecnicamente a administração pública no Brasil para verificar a conformidade das licitações públicas com a observância dos critérios de sustentabilidade definidos nos instrumentos normativos citados.

#### 4. Referências

- BRAILE, Pedro Márcio. **Celulose e Papel**. Manual de tratamento de Águas Residuárias Industriais. CETESB, SP, 1979.
- BRÜSEKE, Franz Josef. **O Problema do Desenvolvimento Sustentável**. NAEA, Núcleo de Estudos Amazônicos, UFPA, Nov., 1993.
- BRÜSEKE, Franz Josef. **Para uma Teoria Não-linear e Pluri-dimensional do Desenvolvimento**. in : Vieira, Paulo Freire e Maimon, Dália. *As Ciências Sociais e a Questão Ambiental: Rumo à Interdisciplinaridade*, Ed. APED & NAEA, 1993.
- BOULDING, Kenneth E. **What do We Want to Sustain? Environmentalism and Human Evaluations**. *Ecological Economics. The Science and Management of Sustainability*, 1991.
- C'ANEPA, Eugênio M. **A Gestão dos Recursos Hídricos sob a perspectiva Ambiental**. *Rev. Ciência e Ambiente III*, (4), jan./jun., 1992.
- CARNEIRO, José Mário B., MAGYAR, Ana Lúcia e GRANJA, Sandra Inês B. **Meio Ambiente, Empresário e Governo: Conflitos ou Parcerias**. *Revista de Administração de Empresas*, SP, v.33, n.33, 1993.
- CAVALCANTI, Clóvis. **Em Busca da Compatibilização entre a Ciência da Economia e a Ecologia: Bases da Economia Ecológica**. in : Vieira, Freire Paulo e Maimon, Dália. *As Ciências Sociais e a Questão Ambiental: Rumo à Interdisciplinaridade*, Ed. APED & NAEA, 1993.
- CHOUCRI, Nazli. **Meio ambiente e as Multinacionais**. *Rev. Diálogo*, V. 25, nº 2, 1992.
- CONSTANZA, Rbert, DALY, Hermann E. e BARTHOLOMEW, Joy A. **Goals, Agenda and Policy Recommendations for Ecological Economics**. *The Science and Management of Sustainability*, 1991.
- DONAIRE, Denis. **Considerações sobre a Influência da Variável Ambiental na Empresa**. *Revista de Administração de Empresas*, SP, v. 34, n.2, mar./ abr., 1994.
- DALCERO, Pedro. **Meio Ambiente e Direitos Humanos numa Sociedade Global**. *Rev. Proposta*, nº 53, Maio, 1992.
- DALY, Herman E. **Elements of Environmental Macoeconomcs**. *The Science and Management of Sustainability*, 1991.

- DUFFY, Donald P. e PORTTER, **Juliana E. Environmental Auditing.** Rev. Environ Sci Technol, v.26, n.9, sept., 1992.
- FURTADO, André. **Opções Tecnológicas e Desenvolvimento do Terceiro Mundo.** Workshop, A Economia da Sustentabilidade: Princípios, Desafios, Aplicações. Fundação Joaquim Nabuco, 12-15 de set. de 1994.
- GUILLAUD, Yann. **O Pensamento do Pr. Ignacy Sachs:** da Economia Política ao Eco-desenvolvimento. NAEA, Núcleo de Estudos Amazônicos, 1993.
- GANNA, Grupo de Apoio à Normalização Ambiental. **ISO TC-207. O Brasil e a Futura Normalização Ambiental-ISO 14000.** Rio de Janeiro, setembro, 1994.
- GUEDES, Ana Lúcia Malheiros. **O Papel da Empresa Multinacional no Contexto de Meio Ambiente e Relações Internacionais.** Rev. Contexto Internacional, RJ, vol. 15, n.2, jul./dez., 1993.
- IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **A Ocupação do Território e o Meio Ambiente.** Diagnóstico Brasil, 1990.
- PAULA, Gil César Costa de. **Metodologia da Pesquisa Científica,** Goiânia, editora Vieira, 2010.
- SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na internet:** um enfoque jurídico. São Paulo: Edipro, 2001.
- TORRES, Rafael Lopes. Licitações sustentáveis: sua importância e seu amparo constitucional e legal. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2493665.PDF> Acesso em 02/12/14 09h28min
- TRIGUEIRO, André. Mundo sustentável – Abrindo espaço na mídia para um planeta em transformação. São Paulo: Globo, 2005.
- VEIGA, José Eli da. A emergência socioambiental. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007.

# MEIO AMBIENTE, TRABALHO E SUA INTERFACE NA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR FRENTE À EXPOSIÇÃO DE RISCOS DECORRENTES DA MANIPULAÇÃO DE NANOMATERIAIS

---

FLÁVIA DE PAIVA MEDEIROS DE OLIVEIRA

Doutora em Direito do Trabalho e Previdência Social, pela Universidade de Valência (Espanha), professora do UNIPE (Centro Universitário de João Pessoa-PB) e da UEPB (Universidade Estadual da Paraíba).

LUCIRA FREIRE MONTEIRO

Doutoranda da Universidade de Coimbra, FDUC/CES Programa Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, professora da UEPB (Universidade Estadual da Paraíba).

## Resumo

A frequente inclusão de nano materiais na indústria de alimentos, cosméticos e combustíveis inclui riscos à saúde humana que nem sempre são mensurados ou mencionados. A ausência de certeza científica acerca da lesividade ou não de tais substâncias não pode ser utilizada como fator permissivo para que tais materiais sejam manipulados sem o devido estabelecimento de um padrão mínimo de proteção cuja finalidade deve ser sempre resguardar a vida, a saúde e a dignidade da pessoa trabalhadora. Na interface do Direito Ambiental com o Direito do Trabalho, o que se pretende propor é uma reinterpretação do instituto da insalubridade como base para a elaboração de uma norma capaz de garantir salubridade ao meio ambiente de trabalho envolvido com nanopartículas. Em conclusão, considera-se a necessidade da redefinição do papel das entidades sindicais, que deverão se revestir de sua responsabilidade socioambiental para defender a higidez de seus representados, bem como participar de forma efetiva da defesa do meio ambiente externo ao entorno produtivo.

## Palavras-chave

Direito fundamental ao trabalho; Insalubridade; Nano materiais; Meio ambiente; responsabilidade socioambiental.

## Resumen

La frecuente utilización de nanomateriales en la industria de alimentación, cosméticos, combustibles, causa riesgo a la salud humana que todavía no son conocidos. La

inexistencia de certeza científica sobre los posibles males que tales partículas generan no puede ser utilizada como un factor de permisividad para que estos materiales sean manipulados sin la observancia de un grado mínimo de protección cuya finalidad deberá ser siempre la tutela de la vida, salud y dignidad del trabajador. En el intercambio entre el Derecho Ambiental y el Derecho del Trabajo, lo que se pretende proponer es una nueva interpretación del instituto jurídico de la insalubridad como fundamento para la elaboración de una norma capaz de garantizar la salubridad del ambiente de trabajo en lo cual se utiliza partículas nano. A título de conclusión, también la necesidad de redefinición del papel de los sindicatos, que deberán cumplir su responsabilidad socio ambiental para promocionar y defender la salud de sus trabajadores y además participar efectivamente de la tutela del ambiente externo al entorno productivo.

## Palabras clave

Derecho fundamental al trabajo; Insalubridad; Nanomateriales; Medio ambiente; Responsabilidad socio ambiental.

## 1. Introdução

A concepção do meio ambiente como um bem de natureza holística leva obrigatoriamente a necessidade de encará-lo como algo que vai além da proteção da fauna e da flora e a vê-lo de forma integrada, pelo conjunto de todos os bens que permitem à vida em condições dignas. Essa nova ideia fortalece a necessidade de definir critérios e padrões suscetíveis de instituir uma ecotecnologia capaz, inclusive, de minimizar os impactos do desenvolvimento tecnológico sobre aqueles que lidam, de forma direta ou indireta com essas mudanças.

Nesse cenário, um problema que, ainda não se tornou socialmente relevante, especialmente no âmbito do Direito brasileiro, mas que já é uma inequívoca realidade do ponto de vista do Direito europeu é o uso de nanomateriais, sobretudo, na indústria cosmética, de alimentos e de combustíveis. Essa utilização passa despercebida da sociedade em geral, porque são poucos os estudos científicos sobre os riscos que essas substâncias causam para a saúde em geral, inviabilizando uma divulgação segura sobre consequências ambientais da sua utilização.

A falta de tais estudos e, por conseguinte, a ausência de certeza científica sobre os danos, gera a ideia, também destituída de comprovação científica, de que essa tecnologia traz mais benefícios do que malefícios aos seus consumidores ou e pouco ou nenhum aos trabalhadores nesse setor. Com base nessa ideia e na incerteza que ora impera, é que se tem na legislação interna um vazio normativo, seja na reinterpretção dos institutos existentes, seja na elaboração de um marco normativo que aborde a questão de forma específica.

Por essa razão, partindo-se da interface entre o Direito Ambiental e o Direito do Trabalho é que se pretende propor com este artigo uma reinterpretação do instituto da insalubridade e lançar as bases que poderão servir de norte para elaboração de uma norma interna capaz de afrontar a situação de forma eficiente para garantir a salubridade do meio ambiente de trabalho daqueles trabalhadores que lidam diretamente com nanopartículas, através, sobretudo, de uma redefinição do papel das entidades sindicais, que deverão se revestir de sua responsabilidade socioambiental para defender a higidez de seus representados, bem como participar de forma efetiva da defesa do meio ambiente externo ao entorno produtivo.

## **2. O Meio Ambiente e a Necessidade de Proteção do Trabalhador Decorrente dos Riscos Derivados da Manipulação de Nanomateriais**

A Lei nº 6.938/1981 regulou a Política Nacional do Meio Ambiente e trouxe uma definição operacional de meio ambiente, considerando um “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art. 3º, I)”.

Essa concepção assim abrangente parte de uma visão holística do meio ambiente, já que esse bem passa a ser analisado de forma integral e merecendo proteção a totalidade de tudo aquilo que permite a vida (BOFF, 1993, p. 17). Essa percepção integral muda o foco da tutela, que, antes da referida lei e da Constituição vigente centrava-se nos recursos naturais, limitando o objeto de defesa a outros bens, inclusive, de natureza imaterial, mas insuficientes na configuração da vida em todas as suas formas.

A necessidade de proteção do meio ambiente não pode não ser vista como um objeto específico. Ele apresenta interdependência e inter-relação com outros elementos. Nesse sentido, é possível dizer que, tanto a mencionada Lei, quanto a Carta Constitucional atual, instituíram uma concepção desse bem jurídico como macrobem, de modo que ele não se confunde com este ou com aquele bem corpóreo que o forma (LEITE, 1998, p. 59).

Ao contrário, caracteriza-se por interagir no conjunto de todos os elementos que propiciam a vida em todas as suas formas. Todos aqueles bens reunidos vão compor uma individualidade própria e autônoma que não se confunde com as suas partes integrantes e que na dicção do artigo 225, da Constituição Federal de 1988, torna-se “essencial à sadia qualidade de vida”. A questão ambiental é algo que diz respeito à própria vida e a todos os elementos que são indispensáveis para a sua boa qualidade, sejam eles naturais, culturais ou artificiais.

Assim, Leff (2002, p.160) assevera que:

“O ambiente não é o meio que circunda as espécies e as populações biológicas; é uma categoria sociológica (e não biológica), relativa a uma

racionalidade social, configurada por comportamentos, valores e saberes, bem como por novos potenciais produtivos.

(...)

O ambiente estabelece potenciais e limites às formas e ritmos de exploração dos recursos, condicionando os processos de valorização, acumulação e reprodução do capital.”

O meio ambiente deixa, destarte, de ter um cunho eminentemente natural e passa a ser encarado como uma realidade social e cotidiana da vida do ser humano em todos os espaços sociais no quais ele é chamado a interagir.

Por essa razão, Boff (1993, p. 25) propugna que é imperioso criar “uma cultura ecológica, com comportamentos e práticas incorporados na visão de mundo e que têm como efeito mais suavidade e benevolência na relação para com a natureza”. Defende, ainda, o desenvolvimento de tecnologia, por meio da qual sejam adotadas técnicas e procedimentos que visem à preservação do meio ambiente e a amenização dos efeitos negativos não desejados sobre a classe trabalhadora e as nações mais pobres.

Nesse cenário, surge uma preocupação recente, que, todavia, passa despercebida da população em geral, que diz respeito ao uso de nanomateriais de forma cada vez mais frequente, sobretudo, nas indústrias de alimentos, cosméticos e combustíveis e os riscos que esse tipo de tecnologia pode causar para a saúde humana. Os países europeus têm feito um grande esforço para elaborar uma definição normativa para esses novos materiais, a fim de, partindo dela, estabelecer um padrão de proteção que possa ser utilizado pelos países membros da União.

Assim sendo, a Recomendação 2011/696 da Comissão, de 20 de outubro de 2011 (COMISSÃO EUROPEIA, 2011)<sup>1</sup>, propôs o seguinte:

“nanomaterial como um material natural, incidental ou fabricado, que contém partículas num estado desagregado ou na forma de um agregado ou de um aglomerado, e em cuja distribuição número-tamanho 50 % ou mais das partículas têm uma ou mais dimensões externas na gama de tamanhos compreendidos entre 1nm e 100 nm. Em casos específicos e sempre que tal se justifique devido a preocupações ambientais e ligadas à saúde, segurança e competitividade, o limiar da distribuição número-tamanho de 50 % pode ser substituído por um limiar compreendido entre 1 e 50 %. [...]”

A União Europeia identificou também a nanotecnologia como uma tecnologia facilitadora essencial (TFE) que fornece a base para uma maior inovação e novos produtos,

1 Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:275:0038:0040:PT:PDF>

já tendo delineado uma estratégia única para as TFE, incluindo as nanotecnologias, com base em três pilares: a investigação tecnológica, a demonstração de produtos e as atividades de fabrico competitivas<sup>2</sup>.

As consequências dos nanomateriais para a saúde humana, ainda, não podem ser determinadas com precisão científica. Essa incerteza também existe acerca dos efeitos adversos para os trabalhadores que lidam diretamente com ele. Esse fator é ainda mais agravado pelo dinamismo com que surgem novos materiais e substâncias químicas suscetíveis de serem manipulados em dimensões cada vez menores.

Em 2008, havia no banco de dados do CAS (Chemical Abstract Service) uma divisão da ACS (American Chemical Society) de 36.660.377 compostos orgânicos e inorgânicos, dos quais 21.867.815 eram compostos químicos disponíveis comercialmente. Em 2013, esse número passou a ser de mais de 72.841.808 compostos e substâncias registradas, um acréscimo de quase 100% (cem por cento) em um período de apenas 5 (cinco) anos. Todavia, o guia de valores de exposição ocupacional, publicado em 2013, e compilado pela American Conference of Governmental Industrial Hygienists – ACGIH, apresenta somente 800 (oitocentas) substâncias químicas e a Norma Regulamentadora (NR) nº15, do Ministério de Trabalho e Emprego, apenas 147 substâncias são listadas (LENZ E SILVA; LENZ E SILVA, 2013, p. 44).

Esses dados mostram que a utilização de nanomateriais na vida cotidiana do indivíduo pode se mostrar cada vez mais presente, sem que, nem mesmo ele saiba, como também o trabalhador que, ao manipular substâncias químicas, não sabe que se trata de materiais nanométricos. Para exemplificar a complexidade desse assunto, é necessário citar o caso dos nanomateriais de carbono, entre eles os nanotubos e as nanofibras de carbono, cujos estudos no ano de 2007 indicavam sua toxicidade biológica decorrente dos metais utilizados no seu processo de síntese. Porém, somente em 2013 a NIOSH (The National Institute for Occupational Safety and Health), chegou à conclusão de que tais materiais oferecem riscos ocupacionais, pelo que é imperioso estabelecer mecanismos de controle de exposição, medições ambientais/laborais, vigilância médica e monitoramento da concentração desses materiais no ambiente de trabalho (LENZ E SILVA; LENZ E SILVA, 2013, p. 45).

Essas informações servem para demonstrar que há necessidade de adequar as normas jurídicas laborais a essa realidade de incerteza, com vistas a evitar que a exposição reiterada do trabalhador a tais substâncias cause prejuízos à sua saúde. A ausência de certeza

---

2 COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO E AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU *Segunda revisão regulamentar relativa a «nanomateriais»* (Texto relevante para efeitos do EEE), disponível em [http://ec.europa.eu/research/industrial\\_technologies/pdf/policy/communication-from-the-commission-second-regulatory-review-on-nanomaterials\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/research/industrial_technologies/pdf/policy/communication-from-the-commission-second-regulatory-review-on-nanomaterials_pt.pdf), p. 3-4.

científica acerca da lesividade ou não de tais substâncias não pode ser utilizada como fator permissivo para que tais materiais sejam manipulados sem o devido estabelecimento de um padrão mínimo de proteção cuja finalidade deve ser sempre resguardar a vida, a saúde e a dignidade da pessoa trabalhadora.

Nesse sentido, a doutrina já entende que:

“Nesse ponto, a adoção de novas estratégias na área de segurança ocupacional e meio ambiente, especialmente na análise de riscos e no entendimento dos processos e interações dos nanomateriais no ambiente de trabalho, é essencial para o desenvolvimento de uma nanotecnologia mais segura do pontos de vista laboral.” (LENZ E SILVA; LENZ E SILVA, 2013, p. 45).

A imprescindibilidade de padrões de proteção mínimos para o trabalhador que lida com tais materiais decorre de uma imposição constitucional, na medida em que o art. 7º, XII e XXII da CF/1988, reconhece como fundamental o direito do trabalhador a ser protegido frente aos riscos laborais, impondo a redução dos riscos do trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Nesse mesmo sentido, a sustentação para uma maior proteção do trabalhador está no artigo 1º, III, que alça o valor dignidade da pessoa humana à posição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, além de ser próprio sentido da República Federativa do Brasil. Com esse arcabouço constitucional jamais se poderá utilizar a falta de certeza científica como critério determinante para analisar as atuais normas laborais existentes à luz de uma necessidade de proteção da pessoa trabalhadora frente à exposição a tais riscos.

### **3. O Princípio da Precaução como Norteador da Defesa do Trabalhador no Ambiente de Trabalho no Caso dos Nanomateriais**

A ausência de estudos sobre a interação da aplicação das nanotecnologias com o meio ambiente e sobre os riscos em relação aos seres humanos fazem com que se tenha uma ideia de que os benefícios da nanotecnologia se sobrepõem aos seus possíveis efeitos deletérios. No entanto, essa ideia pode não ser real, uma vez que carece de qualquer comprovação científica.

Tal ideia proveniente, sobretudo, do inexistência de estudos científicos sobre os riscos não pode ser considerada como fator excludente da ausência de risco. Pesquisas demonstram que camundongos que receberam nanotubos de carbono desenvolveram lesões biológicas semelhantes àquelas provocadas pela inalação do amianto (ENGELMANN, 2010 a, p. 255).

Nesse cenário, em que há mais perguntas do que respostas, ganha destaque o princípio da precaução, segundo o qual, havendo incerteza científica em torno das consequências

que determinada atividade ou tecnologia pode trazer para o meio ambiente e, por conseguinte, para saúde humana, a cautela deve ser o critério utilizado como diretriz para nortear as condutas (HOHENDORFF; ENGELMANN; OSHIRO, 2013, p. 672).

A adoção do princípio mencionado às nanotecnologias impõe a utilização de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a fim de evitar que o temor sobre os possíveis efeitos deletérios ao meio ambiente e à saúde humana sejam utilizados como fator impeditivo para o uso desses materiais. Ao contrário, o que se pretende é que haja um desenvolvimento contínuo das pesquisas com vistas a se chegar a um padrão de certeza científica sobre esses riscos para que se possa estabelecer níveis de proteção confiáveis.

Nesse contexto, o direito e, mais especificamente, o direito ambiental do trabalho, ganham sobrada importância para que essa proporcionalidade ganhe aplicabilidade prática. Por essa razão, a aplicação do princípio da proteção, sob a ótica ecotecnológica, proposta por Boff (1993, p.25), recomenda a não exposição do trabalhador a tais agentes (ENGELMANN; FLORES; WEYERMÜLLER, 2010, p. 208), o que, por conseguinte, implica a adoção de medidas protetivas no ambiente de trabalho capazes de proteger a derme e o sistema ocular, de evitar a ingestão de nanopartículas, de proteger contra explosões e incêndios (LENZ E SILVA, 2013, p. 46-49).

Essas medidas devem ter como finalidade evitar, totalmente, a exposição do trabalhador ao risco, o que somente pode se efetivar com uma análise detalhada dos riscos envolvidos na produção, estocagem, incorporação, uso e descarte dos nanomateriais. Quando se trata de empreendimentos novos, um grande aliado para a determinação desses riscos de forma mais segura, são os estudos ambientais com especial destaque para a Análise Preliminar de Risco (APR), prevista pelo art. 1º, III, da Resolução Conama nº 237/1997. Está tida, pelos profissionais da área de segurança do trabalho, como um estudo antecipado e detalhado de todas as fases do trabalho, a fim de detectar os possíveis problemas que poderão acontecer durante a sua execução, para que se adotem as medidas necessárias a sua neutralização, criando, assim, um ambiente de trabalho seguro.

De acordo com a norma mencionada, esse estudo é um dos que poderá ser exigido pelo órgão responsável pelo licenciamento ambiental como requisito para a concessão da licença de empreendimentos que lidem com a manipulação de nanomateriais.

#### **4. A Necessidade de Elaboração de um Marco Regulatório Acerca da Proteção da Saúde do Trabalhador em Face do Labor com Nanomateriais**

A incerteza científica sobre os riscos do uso de nanomateriais, tanto para a sociedade em geral, como para aqueles que lidam diariamente com essa nova tecnologia como ferramenta de trabalho, não pode funcionar como uma desculpa para deixar de tentar oferecer uma possível saída jurídica para o problema.

Nas discussões técnicas levantadas em torno tema no Brasil, pode-se afirmar que existe uma tendência a deixar de enfrentar o problema legalmente. Todavia, cumpre procurar uma solução para a situação, seja uma mais imediata, com a reformulação de institutos jurídicos já existentes no ordenamento atual, seja por meio da busca de parâmetros capazes de fornecer as bases para um tratamento específico e mais abrangente sobre a questão.

Desse modo, a abordagem cabível para a questão é, em primeiro lugar, o enfrentamento da matéria no âmbito legislativo, a par do que foi feito na União Europeia, para composição demarco legal. Isto possibilitará um aparato jurídico adequado à problemática brasileira. Em segundo, que se proceda a uma análise sobre os institutos jurídicos do direito local que podem ser reinterpretados para garantir uma proteção mais eficiente da saúde do trabalhador que lida com os materiais em escala nanométricas. Por fim, serão fornecidos alguns elementos que poderão servir ao legislador brasileiro na hora de regular os nanomateriais no ambiente de trabalho.

#### *4.1. A Proteção Frente aos Nanomateriais no Âmbito da União Europeia*

A proteção aos trabalhadores que lidam com as nanotecnologias na União Europeia tem como ponto de partida, em primeiro lugar, uma norma genérica, a Diretiva 89/391/CEE do Conselho, de 12 de junho de 1989 (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 1989), que estabeleceu medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores, prevendo princípios gerais para a proteção e a prevenção de riscos profissionais e a eliminação dos fatores de acidente, aplicando-se a todos os setores de atividade, tanto os públicos, quanto os privados.

De acordo com o previsto nos artigo 5º, nº 1, e 6º, nº 3, da citada norma, a entidade patronal se encontra obrigada a garantir a “segurança e a saúde dos trabalhadores em todos os aspectos relacionados com o trabalho”, como também, dependendo do tipo de atividade empreendida, obriga-se a “avaliar os riscos para a segurança e a saúde dos trabalhadores, inclusive, na escolha dos equipamentos de trabalho e das substâncias ou preparados químicos e na concepção dos locais de trabalho”.

A referida diretiva prevê, ainda, que as medidas protetivas no ambiente de trabalho devem ser fundadas no princípio da prevenção, devendo-se evitar, sempre que possível, os aludidos riscos, substituindo o que é perigoso pelo que é isento de perigo ou menos perigoso. Ademais disso, e o mais importante, é que a mencionada disposição prevê a obrigatória consulta aos trabalhadores ou seus representantes sobre as consequências para a sua saúde e segurança sempre que o empresário pretender introduzir o uso de novas tecnologias no processo produtivo.

A Diretiva 1999/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 1999 (PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO, 1999), cria um padrão normativo

destinado a promover a proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores susceptíveis de serem expostos a riscos derivados de atmosfera explosivas. Ela obriga às empresas a procederem à avaliação dos riscos de explosão e a adotarem as medidas necessárias para que “os locais onde se formem atmosferas explosivas em concentrações suscetíveis de colocar em perigo a saúde e segurança dos trabalhadores ou de terceiros sejam concebidos de modo a que o trabalho possa ser executado em segurança.” (art. 5º).

A observância das prescrições mínimas contidas na referenciada disposição é muito relevante para o trabalhador que lida com nanopartículas, já que elas podem criar essa atmosfera explosiva, impondo-se ao empreendedor a adotar padrões de segurança que não coloquem em risco, nem a vida do trabalhador, nem a de terceiros.

A Diretiva 2004/37/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004 (PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO, 2004), estatui preceitos para a proteção dos trabalhadores contra riscos ligados à exposição a agentes cancerígenos ou mutagênicos durante o labor. Essa prescrição fixa os valores limites de concentração de um agente cancerígeno ou mutagênico no ar respirado pelos trabalhadores. No caso de inalação de nanopartículas, que possam ser configuradas como cancerígenas ou mutagênicas, mister se faz que os valores definidos no Anexo III sejam adaptados.

Outra importante norma europeia sobre o assunto é a Diretiva 2009/104/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009 (PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO, 2009), que no artigo 3º, nº 1 e 2, tratou de prescrever critérios mínimos de segurança e de saúde para a utilização pelos trabalhadores dos equipamentos de trabalho, criando para a entidade patronal a obrigação de, no momento de escolher os equipamentos de proteção, “ter em atenção as condições e características específicas do trabalho e dos riscos existentes na empresa ou no estabelecimento, nomeadamente nos postos de trabalho, para a segurança e a saúde dos trabalhadores”.

A Recomendação 2011/696/EU da Comissão, de 20 de outubro de 2011 (COMISSÃO EUROPEIA, 2011), introduziu uma definição de nanomateriais, considerando como tal:

“um material natural, incidental ou fabricado, que contém partículas num estado desagregado ou na forma de um agregado ou de um aglomerado, e em cuja distribuição número-tamanho 50% ou mais das partículas têm uma ou mais dimensões externas na gama de tamanhos compreendidos entre 1nm e 100 nm. Em casos específicos e sempre que tal se justifique devido a preocupações ambientais e ligadas à saúde, segurança e competitividade, o limiar da distribuição número-tamanho de 50 % pode ser substituído por um limiar compreendido entre 1 e 50 %. [...]”<sup>3</sup>

3 COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO E AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU *Segunda revisão regulamentar relativa a*

Essa definição se destina a ser utilizada pelos Estados-Membros, pelas agências e empresas da União Europeia na elaboração de suas normas internas, a fim de permitirem uma abordagem coerente sobre o tema. Além disso, a própria Comissão deve utilizá-la na legislação da União e nos instrumentos de aplicação, se for necessário.

O que se observa é que, embora as regras anteriores a 2011, não tratem especificamente da proteção do trabalhador frente à nanotecnologia, há um corpo normativo mais específico com relação a determinadas substâncias ou ambiente de trabalho próprio, o que permite uma maior adaptabilidade dessas disposições à situação nova de uso de nanomateriais no cotidiano do trabalhador.

Ademais, a União Europeia tem feito esforços para estudar o assunto e desde 2004, o Comité Científico dos Riscos para a Saúde Emergentes e Recentemente Identificados (CCRSERI) e o Comité Científico da Segurança dos Consumidores (CCSC), a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (AESA) e a Agência Europeia de Medicamentos (AEM) têm trabalhado para avaliação os riscos decorrentes do uso de nanomateriais.

Em 2009, o CCRSERI concluiu que:

apesar de as metodologias de avaliação dos riscos, para a avaliação dos riscos potenciais das substâncias e das matérias convencionais para o homem e para o ambiente, serem amplamente utilizadas e serem geralmente aplicáveis aos nanomateriais, os aspetos específicos relativos aos nanomateriais ainda carecem de maior desenvolvimento. Esta situação manter-se-á até haver informações científicas suficientes disponíveis para caracterizar os efeitos nocivos dos nanomateriais nos seres humanos e no ambiente<sup>4</sup>.

No cenário europeu os esforços para dar ao tema um tratamento único são contínuos e, naquilo que diz respeito diretamente ao ambiente de trabalho, um subgrupo nano do grupo de trabalho sobre produtos químicos, criado pelo Comité Consultivo para a Segurança e a Saúde no Local de Trabalho está preparando um projeto de parecer sobre a avaliação e gestão dos riscos dos nanomateriais no local de trabalho, para ser posteriormente aprovado pelo Comité Consultivo. Pretendia-se, até 2014, ser efetuada uma avaliação final sobre uma revisão da legislação sobre saúde e segurança no trabalho em função destas atividades com as suas respetivas conclusões.

---

«**nanomateriais**» (Texto relevante para efeitos do EEE), disponível em [http://ec.europa.eu/research/industrial\\_technologies/pdf/policy/communication-from-the-commission-second-regulatory-review-on-nanomaterials\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/research/industrial_technologies/pdf/policy/communication-from-the-commission-second-regulatory-review-on-nanomaterials_pt.pdf), p. 2.

4 **COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO E AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU Segunda revisão regulamentar relativa a «nanomateriais»** (Texto relevante para efeitos do EEE), disponível em [http://ec.europa.eu/research/industrial\\_technologies/pdf/policy/communication-from-the-commission-second-regulatory-review-on-nanomaterials\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/research/industrial_technologies/pdf/policy/communication-from-the-commission-second-regulatory-review-on-nanomaterials_pt.pdf), p. 4.

#### 4.2. *A Atividade Laboral com Nano Materiais e a Configuração do Direito a Adicional por Insalubridade*

Existe uma incerteza sobre os riscos dos nanomateriais para a saúde humana, sobretudo, a saúde do trabalhador que lida com esse tipo de material de forma cotidiana e contínua. Por essa razão, é importante indagar se é possível caracterizar esse tipo de material como agente insalubre apto a ensejar o pagamento do adicional de insalubridade ao trabalhador que labora com ele.

O direito ao recebimento do adicional de insalubridade surge quando o empregado é exposto a agentes nocivos a sua saúde, seja pela natureza, condições ou métodos de trabalho, acima dos limites de tolerância fixados em lei (art. 189, da CLT). Convém, ainda, esclarecer que a obrigação do empregador é neutralizar ou eliminar a insalubridade por meio da utilização de equipamentos de proteção individual (art. 191, CLT), de modo que o pagamento do adicional somente surgirá quando os riscos existentes no ambiente insalubre não forem eliminados.

O reconhecimento do direito ao recebimento do adicional de insalubridade demanda o cumprimento de alguns requisitos, a saber: a) a realização de perícia por profissional qualificado, a fim de constatar que o grau de exposição do trabalhador ao agente é superior aos limites de tolerância permitidos; b) o enquadramento legal do agente insalubre em um dos anexos da Norma Regulamentadora (NR) nº 15, do Ministério de Trabalho e Emprego; c) inexistência de alguma condição que elimine a insalubridade.

Quando se analisam os requisitos necessários para a configuração da insalubridade, relacionando-os com a manipulação de nanomateriais, surgem alguns problemas. O primeiro deles diz respeito a ausência de certeza científica sobre os riscos que tais substâncias causam à saúde humana, o que funciona como um critério capaz de dificultar a avaliação pericial. O segundo concerne ao enquadramento legal.

A NR/MTE nº 15 lista apenas 147 substâncias insalubres, de maneira que, facilmente, os materiais manométricos ficariam fora dessa enumeração legal e o Tribunal Superior do Trabalho (TST) já sedimentou o entendimento de que a caracterização da insalubridade não depende apenas de perícia, mas exige a classificação da atividade na lista oficial do Ministério de Trabalho e Emprego (OJ-SDI 1-4).

O terceiro problema atine à eliminação do risco de insalubridade decorrente dos nanomateriais, vez que a adoção de equipamentos de proteção individual esbarra também na ausência de certeza sobre os riscos e de estudos sobre o assunto.

Como então equacionar esses problemas e garantir que o trabalhador tenha a sua dignidade respeitada?

A própria jurisprudência do TST tem lançado uma luz sobre o problema do enquadramento legal, fazendo uma adaptação, na medida em que procura alargar as hipóteses previstas na NR nº 15, do MTE. Assim entendeu a Colenda Corte Trabalhista:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SUCESSÃO DE EMPREGADORES. 1. Reconhecida a sucessão trabalhista pelo Tribunal Regional, a responsabilidade pelos créditos decorrentes da presente ação é exclusiva da empresa sucessora. Inteligência dos arts. 10 e 448 da CLT. 2. Incidência da Orientação Jurisprudencial 261 da SDI-I/TST, que, não obstante verse especificamente sobre sucessão de bancos, revela o posicionamento desta Corte acerca da responsabilidade em hipótese de sucessão. Precedentes. 3. Óbices da Súmula 333/TST e do art. 896, § 4º, da CLT. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ATIVIDADE A CÉU ABERTO. EXPOSIÇÃO AO CALOR EXCESSIVO. 1. Na hipótese, O Tribunal Regional manteve a sentença no tocante ao adicional de insalubridade, consignando que “o laudo adotado pelas partes como prova emprestada constatou a presença do agente calor em níveis excessivos em todos os meses do contrato de trabalho da reclamante. Constatou-se, ainda, o enquadramento legal no Anexo 3, da NR-15, da Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho, efetuando as medições do calor conforme determina a norma regulamentar, a qual não distingue entre calor de ambiente natural ou artificial” e que “o expert menciona que a ré até forneceu equipamentos de proteção individual, descritos à fl. 377/378, mas que não são suficientes para neutralizar ou eliminar a atividade insalubre no local de trabalho da reclamante, com relação ao calor (fl. 378, in fine)”. 2. Decisão regional em consonância com a OJ 173 da SDI-I/TST, no sentido de que “Tem direito ao adicional de insalubridade o trabalhador que exerce atividade exposto ao calor acima dos limites de tolerância, inclusive em ambiente externo com carga solar, nas condições previstas no Anexo 3 da NR 15 da Portaria nº 3214/78 do MTE”. Precedentes. 3. Incidência do art. 896, § 4º, da CLT e aplicação da Súmula 333 desta Corte.** INTERVALO INTRA-JORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. DIREITO AO PAGAMENTO INTEGRAL DE UMA HORA COMO EXTRA. 1. O Tribunal regional deu provimento ao recurso ordinário do reclamante para condenar a segunda reclamada ao pagamento de uma hora diária como extra, tendo em vista a concessão parcial do intervalo intrajornada. 2. Decisão regional em consonância com o item I da Súmula 437/TST (“Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito

de remuneração”). 3. Incidência do óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333/TST. Recurso de revista integralmente não conhecido. (RR - 795-41.2013.5.09.0562 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 04/03/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015, pesquisado em [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br), em 27.03.15, às 09:10 h). (Sem grifos no original).

Todavia, há situações em que essa interpretação alargada não será possível para o caso dos nanomateriais. Quando então o julgador, deve apelar para uma interpretação conforme a Constituição da norma contida no artigo 190, da CLT e, por conseguinte, condizente com a dignidade humana. Esse dispositivo legal tem a seguinte dicção:

“Art. 190 - O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.”

A prescrição legal é no sentido de incumbir o MT de aprovar o quadro das atividades e operações insalubres e estabelecer os critérios de caracterização desses agentes. Quando se analisa esse artigo em comento com o artigo 189, da norma consolidada, vê-se que a finalidade desses preceitos é criar um modelo de proteção que respeite a saúde humana. Por outra parte, fazendo-se uma interpretação dos mencionados artigos à luz da Constituição, chega-se à conclusão de que, se valer da omissão legal para não fixar adicional de insalubridade em casos em que as condições de trabalho e a exposição a agentes nocivos causam danos à saúde, é colocar de lado a necessidade de garantir a dignidade humana, consubstanciada como valor constitucional norteador de todo o sistema jurídico.

Convém, ainda, esclarecer que é possível admitir que o enquadramento legal de uma certa atividade como insalubre se dê a partir de normas coletivas (acordos e convenções coletivas). O artigo 7º, da Constituição brasileira, reconhece direitos mínimos ao trabalhador, que, pela sua natureza de indispensáveis a um padrão mínimo de proteção, se tornam irrenunciáveis. Contudo, nada impede que tais direitos sejam ampliados pelos acordos e convenções coletivas de trabalho, cabendo aos sindicatos, portanto, o dever institucional de fomentar estudos técnicos capazes de avaliar os riscos para a saúde do trabalhador que podem decorrer da sua exposição a certos agentes nocivos que não encontram amparo na classificação legal do MTE. O que fica terminantemente proibido e excluído do âmbito de negociação sindical é a possibilidade de redução dos percentuais e índice fixados, porque estes funcionam como um padrão mínimo de proteção legal, que não poderá ser afastado pela vontade das partes, nem mesmo a coletiva, tornando-se, portanto, inderrogáveis.

Destarte, em termos de nanomateriais a saída para garantir, *a priori*, uma proteção eficaz ao trabalhador e caracterizar a exposição a esses agentes como insalubre, quando necessário para defender a saúde do trabalhador, é se valer de uma interpretação alargada da classificação legal elaborada pelo MTE; quando isso não for possível, lançar mão de uma interpretação finalística das disposições contidas nos artigos 189 e 190, da CLT, e incentivar a negociação coletiva para que ela produza normas suscetíveis de amparar o trabalhador que lida com a manipulação de nanopartículas.

#### 4.3. Bases para a Construção de um Marco Regulatório no Brasil

O tratamento legal dos nanomateriais e, especificamente, da proteção da saúde do trabalhador que lida com esse tipo de substância, esbarra na ausência de certeza científica sobre os riscos decorrentes do uso dessa nova tecnologia. Ademais, a análise desse risco suscita problemas sistêmicos. O primeiro deles diz respeito à influência que essa nova tecnologia pode causar na estruturas econômicas e políticas, levantando questões acerca da cultura e dos valores sociais, notadamente, os que tangem à concepção sobre a natureza, as concernentes à política de privacidade sobre o uso desse materiais, e à justiça distributiva. O segundo, toca aos caminhos que a sociedade deverá trilhar para criar estruturas e instituições aptas a avaliar a segurança dessa nova tecnologia. (ELGENMAN; ALDROVANDI; BERGER FILHO, 2013, p. 3).

Essa análise sistêmica ganha ainda mais relevo quando se observa que o uso de nanopartículas tem sido cada vez mais frequente, sobretudo, na indústria alimentícia, e que essa utilização ocorre à revelia de qualquer informação para a sociedade. Exemplo disso, ocorre no cotidiano social, nas seguintes situações:

“a) nanopartículas e nanocápsulas que são agregadas aos alimentos e bebidas com o objetivo de mudar seu sabor e a textura (já presentes no mercado, em marcas líderes); b) nanopartículas adicionadas na ração de frangos, com efeitos antibióticos; c) pesticidas, que podem facilmente ser absorvidos por plantas; d) vacinas para tratamento de peixes; e) embalagens de alimentos, com o objetivo de ampliar a validade, controlar variação de temperatura, proteger alimentos contra fungos e bactérias etc. É grande a variedade de materiais utilizados em nanoalimentos. A nanop prata, por exemplo, é muito utilizada por seu efeito antibacteriano. Produtos com nanop prata já estão no mercado: são alimentos, utensílios de cozinha, refrigeradores ou embalagens para guardar alimentos.

Outros materiais podem ser citados: o nano-selênio está sendo utilizado como aditivo que intensifica os efeitos do chá verde; o nanocálcio é objeto de patente que pretende sua utilização em gomas de mascar. Sais de nanocálcio e nanomagnésio são utilizados como suplementos alimentares; nanotubos do carbono estão sendo desenvolvidos para criação dos mais

poderosos inseticidas e fungicidas e pesquisadores afirmam a possibilidade de revolução na produção de alimentos e também vegetais para a produção de biocombustíveis.”(ELGENMAN; ALDROVANDI; BERGER FILHO, 2013, p. 3).

Ora, da enunciação acima, observa-se que o uso de nanomateriais é algo absolutamente presente no dia a dia da sociedade atual, mas que isso ocorre sem qualquer informação para o destinatário final desses produtos e, sequer, para aqueles que trabalham com esse tipo de tecnologia. Destarte, não se pode negar que esse fato, sozinho, já é suficiente para justificar a necessidade de formular um marco regulatório capaz de contemplar essas questões sociais.

Portanto, partindo do pressuposto de que o risco pode ser encarado como uma consequência incerta para um dado evento ou atividade a partir de valores humanos, é forçoso concluir que ele envolve uma dimensão social, uma percepção pública e uma avaliação individual de cada ser humano, para que ele seja capaz de determinar se deseja correr tais riscos. Por essa razão, um marco regulatório hábil a propor as bases para uma discussão jurídica sobre esse tema deverá ser elaborado partindo da análise de três pontos necessários, a saber, a avaliação do risco, a gestão do risco e a comunicação do risco (ELGENMAN; ALDROVANDI; BERGER FILHO, 2013, p. 3).

Esses três pilares essenciais para a elaboração de uma normatização eficiente ganha, ainda, mais relevo quando analisados sob a perspectiva do ambiente de trabalho, porque é o trabalhador quem primeiro entra em contato com as nanopartículas, estando exposto a elas, via de regra, de forma contínua, pelo que se lhe deve assegurar um ambiente laboral no qual se tenha realizado uma avaliação séria dos possíveis riscos, que deverão ser comunicados aos trabalhadores, para que, conjuntamente, empregados, patrões e sindicatos possam implementar mecanismos de gestão aptos a evitá-los.

Ainda, partindo do pressuposto de que o primeiro passo para uma adequada e eficiente regulação legal para o uso de nano partículas no ambiente de trabalho seja a elaboração de uma cuidadosa e detalhada avaliação dos riscos, mister destacar que qualquer tratamento normativo para o problema terá, necessariamente, que fazer uma interface entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental, de modo que aquele ramo da ciência jurídica se valha de instrumentos jurídicos deste último, tais como o Estudo Prévio de Impacto Ambiental-EPIA (nos casos de empreendimentos causadores de significativa degradação do meio ambiente) e a análise preliminar de risco (APR), para que sejam avaliados os possíveis danos que o uso dessa nova tecnologia pode causar, não apenas para o entorno externo no qual o empreendimento será estabelecido, como também no entorno interno, que diz respeito diretamente aos trabalhadores envolvidos.

É comum, quando se fala em avaliação de riscos ambientais, limitá-la aos riscos que poderão surgir para a flora e a fauna e para a população circundante da região onde

o empreendimento será estabelecido. Não obstante, não se pode esquecer do ambiente interno e dos danos, sobretudo, à saúde que podem ser gerados nesse ambiente para todos aqueles que se envolvem no processo de produção.

Outro ponto que deverá ser levado em conta na hora de propor uma regulação legal própria toca diretamente na imprescindível necessidade de informação dos trabalhadores que laboram com nanomateriais, visto que são eles que, antes do produto ser lançado no mercado para o grande público, têm contato direto e contínuo com essas partículas, que sequer foram agregadas a outras substâncias. Ou seja, o empregado é aquele que lida continuamente com as nanopartículas na sua versão primária, antes de serem manufaturadas, o que poderá implicar um risco maior para a sua saúde, e ele precisa ter conhecimento dos riscos que esse contato não intermitente pode provocar no seu bem-estar.

Sobre o tema, a Organização Regional Interamericana de Trabalhadores e a Confederação Sindical Internacional, com base na Declaração “Princípios para a Fiscalização de Nanotecnologias e Materiais” (2007), no seu terceiro princípio, denominado “Saúde e Segurança do Público e dos Trabalhadores”, reconhece que:

“Devido ao seu tamanho, as nanopartículas podem atravessar membranas biológicas, células, tecidos e órgãos mais rapidamente do que partículas maiores. Quando inaladas, elas podem ir dos pulmões à corrente sanguínea. Há um acúmulo de evidências indicando que os nanomateriais podem penetrar uma pele intacta, principalmente na presença de surfactantes ou pelo massagear ou flexionar da pele, e ter acesso à circulação sistêmica. Quando ingeridos, os nanomateriais podem passar através da parede estomacal à circulação sanguínea. Uma vez na corrente sanguínea, os nanomateriais podem circular através do corpo e alojar-se em órgãos e tecidos, incluindo o cérebro, o fígado, o coração, os rins, o baço, a medula e o sistema nervoso. Uma vez dentro das células, eles podem interferir com a função celular normal, causar dano oxidativo e mesmo morte celular.” (2007, p. 4).

Ora, são esses riscos que precisam ser avaliados tanto no EPIA, quanto na APR, e, ademais, informados ao trabalhador que precisar expressar, de forma inequívoca, o seu consentimento para se expor a eles.

Um possível marco regulatório sobre os nanomateriais no ambiente de trabalho deve envolver uma gestão conjunta dos prováveis riscos, no que toca à discussão e avaliação de soluções capazes de minimizar a exposição do trabalhador e eliminar os prováveis danos. E isso somente será possível com a efetiva participação do trabalhador, do empregador, do sindicato e, nos casos de empresas com mais de 200 (duzentos) empregados, do representantes dos trabalhadores, nos termos propostos no artigo 11, da Constituição brasileira, garantindo sempre que essa prerrogativa de participação se materialize sem retaliações e discriminações para os empregados que participem desse processo.

Nessa conjuntura, a regulamentação legal deve prever uma nova atribuição para a CIPA das empresas que manufaturem nanomateriais, propondo uma dinâmica que contemple uma hierarquia de controles de exposição – eliminação, substituição, controles de engenharia, abordagens de práticas laborais/gerenciais e equipamentos de proteção pessoal que poderão ser empregados; monitoramento de exposição, vigilância médica e treinamento dos trabalhadores são necessários para assegurar que eles recebam informação mais atualizada sobre as nanopartículas.

Esse envolvimento passa, obrigatoriamente, por uma interlocução das entidades sindicais que deverão assimilar novos papéis sociais e função, não apenas de luta por melhorias salariais, mas de intentar a viabilidade de condições de trabalho adequadas, que, de maneira direta, reflitam em um padrão de vida digna.

Por outras palavras, imperioso é que essa regulação jurídica ponha em relevo a responsabilidade socioambiental das entidades sindicais. Se elas se tornarem canais de mudança do entorno laboral, exigindo medidas internas de controle e monitoramento dos riscos para o trabalhador, estarão também contribuindo para a minimização dos danos que esses empreendedores causarão ao meio ambiente, já que esse controle interno do ambiente de trabalho pode, indiretamente, contribuir para uma adequada eliminação e tratamento de resíduos e substâncias tóxicas que serão lançadas no ambiente externo.

Por último, e a fim de que a necessidade de proteger a saúde do trabalhador se torne real e efetiva, e se destaque essa nova perspectiva de responsabilidade socioambiental das entidades sindicais, mister criar um adicional específico que deverá ser pago aos trabalhadores que lidam com substâncias nanométricas. Contudo, nesse cenário a prioridade não deve ser o pagamento do adicional, que somente se tornará devido quando a adoção de medidas preventivas não forem capazes de eliminar totalmente o risco, mas sim a prevenção de danos à saúde do trabalhador.

## 5. Conclusões

O uso de nanopartículas é uma realidade na sociedade atual, sendo frequente a sua utilização na indústria cosmética, de alimentos e de combustíveis, a fim de dar uma maior eficiência e competitividade aos bens colocados à disposição do consumidor. A preocupação com esse uso indiscriminado reside em dois pontos: o primeiro é que o grande público, seja ele o consumidor, seja ele o trabalhador, toma conhecimento desse uso, o que implica que essa utilização ocorre à revelia dos interessados diretos e indiretos nesse processo produtivo; O segundo consiste em que se pretende justificar essa falta informação na ausência de estudos científicos sobre esses novos materiais e sobre os riscos que dele poderão advir a longo prazo para saúde humana de forma geral e, em última e mais importante análise, para o meio ambiente.

A União Europeia tem coligido esforços para criar uma normativa base para o tema, tendo em vista a realidade social de uso acelerado dessas substâncias e a quantidade de recursos patrimoniais que essa nova tecnologia faz circular no âmbito econômico. Todavia, não se trata apenas de uma questão estudada e analisada no espaço europeu sob o viés monetário, porque esses estudos têm levado em conta também a necessidade de informação do consumidor e do trabalhador, de modo que foi criado um subgrupo do grupo de trabalho sobre produtos químicos, criado pelo Comité Consultivo para a Segurança e a Saúde no Local de Trabalho cuja incumbência é preparar um projeto de parecer sobre a avaliação e gestão dos riscos dos nanomateriais no local de trabalho.

No âmbito do direito brasileiro, o assunto tem sido relegado ao esquecimento no que atine à elaboração de uma política legislativa eficiente, seja redefinindo institutos jurídicos a luz da eco tecnologia, seja elaborando uma regulamentação específica para o tema, valendo-se, para tanto, como justificativa do fato de haver uma ideia, não comprovada cientificamente, de que as nanopartículas trazem mais benefícios do que malefícios para a sociedade.

Independentemente de qualquer certeza científica sobre essa nova realidade, mister se faz que ela se torne presente no cotidiano do ponto de vista de conscientização social, o que impõe uma urgente disseminação de informação sobre o assunto. Ademais, e sob a perspectiva do meio ambiente de trabalho, imperioso é que as entidades sindicais assumam o seu papel de agente ambiental de transformação social, revestindo-se do papel de fomentador de sua responsabilidade socioambiental, que deve ter início com a elaboração de normas coletivas, acordos e convenções coletivas de trabalho, que efetivamente viabilizem a avaliação, a informação, a gestão compartilhada dos riscos provenientes do uso de substâncias nano e a reinterpretção de institutos jurídicos já existentes no direito interno. Esse novo papel socioambiental dos sindicatos, no entanto, tem que ter como ponto de partida a preocupação com a saúde do trabalhador, mas não pode se limitar a ela, na medida em que cabe aos sindicatos, partindo do ambiente interno das empresas, propiciar a criação de mecanismos que favoreçam a uma adequada gestão desses riscos também no ambiente externo.

## 6. Referências

- ALDROVANDI, Andrea; ENGELMANN, Wilson; BERGER FILHO, Airton Guilherme. **Perspectivas para a regulação das nanotecnologias aplicadas a alimentos e biocombustíveis**. Disponível em: <https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/69>
- BOFF, Leonardo. **Ecologia, mundialização e espiritualidade**. São Paulo: Ática, 1993.
- COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO E AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU **Segunda revisão regulamentar relativa**

a «**nanomateriais**» (Texto relevante para efeitos do EEE), disponível em [http://ec.europa.eu/research/industrial\\_technologies/pdf/policy/communication-from-the-commission-second-regulatory-review-on-nanomaterials\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/research/industrial_technologies/pdf/policy/communication-from-the-commission-second-regulatory-review-on-nanomaterials_pt.pdf)

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das leis trabalhistas (CLT)**. Brasília: Editora do Senado Federal, 2010.

\_\_\_\_\_. Lei Federal Nº. 6.938 DE 31 DE AGOSTO DE 1981. Já alterada pela Lei nº 7804 de 18 de julho de 1989. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. RESOLUÇÃO CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. DOU no 247, de 22 de dezembro de 1997.

ENGELMANN, Wilson. **A nanotecnologia como uma revolução científica: os direitos humanos e uma (nova) filosofia na ciência**. IN: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMULLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios em direito ambiental**. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

HOHENDORFF, Raquel Von; ENGELMANN, Wilson; OSHIRO, Maria de Lourdes. **As nanotecnologias no meio ambiente de trabalho: a precaução para equacionar os riscos do trabalhador**. Disponível em: <http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/114>

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. **Introdução ao conceito jurídico de meio ambiente**. [s.d.t]

LENZ E SILVA, Guilherme Frederico Bernardo; LENZ E SILVA, Lídice Carolina. **Saúde e Segurança ocupacional: reflexões sobre os riscos potenciais e o manuseio seguro dos nanomateriais**. Disponível em: <https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/85>

ORGANIZAÇÃO REGIONAL INTERAMERICANA DE TRABALHADORES E A CONFEDERAÇÃO SINDICAL INTERNACIONAL. **Declaração de Princípios para a Fiscalização de Nano tecnologias e Materiais**. Disponível em: <http://www.iiep.org.br/nano/fundacentro/principles.pdf>

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. **Diretiva 89/391**, de 12 de junho de 1989.

\_\_\_\_\_. Parlamento Europeu e do Conselho. **Diretiva 2004/37/CE** de 29 de abril de 2004.

\_\_\_\_\_. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. **Diretiva 1999/92/CE**, de 16 de dezembro de 1999.

\_\_\_\_\_. Parlamento Europeu e do Conselho. **Diretiva 2009/104/CE**, de 16 de setembro de 2009.

\_\_\_\_\_. Comissão Europeia. **Recomendação 2011/696/EU**, de 20 de outubro de 2011.

VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **O novo em Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.