
VEREDAS

DO DIREITO

DIREITO AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL



Dom Helder

ESCOLA DE DIREITO

**ESCOLA SUPERIOR
DOM HELDER CÂMARA**

Reitor: Paulo Umberto Stumpf, SJ.

Vice-Reitor: Estevão D'Ávila de Freitas

ISSN 1806-3845 (Impresso)

ISSN 2179-8699 (Eletrônico)



EDITORA DOM HELDER

Coordenador de Editoria: José Adércio Leite Sampaio

Diretora Executiva: Beatriz Souza Costa

Secretária Administrativa: Christiane Costa Assis

Endereço: R. Álvares Maciel, 628, B. Santa Efigênia, CEP: 30150-250 - Belo Horizonte-MG.

Tel.: (31) 2125-8800 Ramal 8913. Email: editorasecretaria@editoradomhelder.com.br

Secretária de Edição:

Ana Valéria Proença Xavier

Revisão de Originais:

Letícia Campolina Marques Ferreira

Editoração, arte-final:

Rômulo Garcias

Foto da capa:

Wir Caetano

Edição e Distribuição:

Editora Dom Helder

Impressão: O Lutador

Tiragem: 200 Exemplares

Periodicidade: quadrimestral

Versão Eletrônica:

<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/index>

Ficha catalográfica

V489 Veredas do Direito – Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável
v. 1, janeiro/junho de 2004. Belo Horizonte: Escola Superior Dom
Helder Câmara, 2004.

v. 14, n. 28, Jan./Abr. 2017. (Ed. Dom Helder)

ISSN 1806-3845 (Impresso)

ISSN 2179-8699 (Eletrônico)

1. Direito – periódicos, 2. Desenvolvimento sustentável - periódicos,
3. Direito ambiental - periódicos. I. Título.

CDU 34(05)

CDD 340.05

Revista do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado em Direito) da Escola Superior Dom Helder Câmara

EXPEDIENTE:

Editor: Elcio Nacur Rezende

Conselho Editorial

Alice Fuchs-Cessot - Université Paris VIII-Vincennes Saint-Denis; Université Paris I-Panthéon-Sorbonne (SERDEAUT) – Paris, França. Celso Antônio Pacheco Fiorillo - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) – São Paulo-SP, Brasil. Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar-Portugal (IPT) – Portugal. Seconda Università Degli Studi Di Napoli (SUN) – Itália. Erivaldo Moreira Barbosa - Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) – Campina Grande-PB, Brasil. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - Universidade Federal de Goiás (UFG) – Goiânia-GO, Brasil. Gerd Winter - Universität Bremen – Alemanha. Isabela Figueroa - Universidad del Magdalena, Facultad de Ciencias Humanas – Santa Marta-Colômbia. Jean-Marc Sorel - Ecole de droit de la Sorbonne – Paris, França. José Luiz Bolzan de Moraes - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – São Leopoldo-RS, Brasil. Marcelo Dias Varella - Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) – Brasília-DF, Brasil. Paulo de Bessa Antunes - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) - Rio de Janeiro-RJ, Brasil. Valmir Cesar Pozzetti - Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e Universidade Federal do Amazonas (UFAM) – Manaus-AM, Brasil.

Conselho Avaliador

Aparecido Osdimir Bertolin - Universidade Federal do Tocantins (UFT) - Palmas-TO, Brasil. Renata Rodrigues de Castro Rocha - Universidade Federal do Tocantins (UFT) - Palmas-TO, Brasil. Ronaldo Lindimar José Marton - Universidade Católica de Brasília (UCB/DF) - Brasília-DF, Brasil. André Vasques Vital - Centro Universitário de Anápolis (UniEVANGELICA)- Anápolis-GO, Brasil. Erivaldo Moreira Barbosa - Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) - Campina Grande-PB, Brasil. Rosele Clairete dos Santos - Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS) - Sananduva-RS, Brasil. Jonathan Cardoso Régis - Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) - Itajaí-SC, Brasil. Fabiana Polican Ciena - Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) - Jacarezinho-PR, Brasil. Paulo de Bessa Antunes - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) - Rio de Janeiro-RJ, Brasil. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino - Faculdade Meridional (IMED) - Passo Fundo-RS, Brasil. Adriano Bressane - Universidade Estadual Paulista (UNESP) - Sorocaba-SP, Brasil. Flávia Luciana Guimarães Marçal Pantoja de Araujo - Universidade Federal Rural da Amazônia (UFRA) - Belém-PA, Brasil. Paula Chamy Pereira da Costa - Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) - Campinas-SP, Brasil. Henry Atique – Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP) – São Jose do Rio Preto-SP, Brasil. Juliana Diniz Fonseca Corvino - SENAC/RIO DE JANEIRO - Rio de Janeiro-RJ, Brasil. Bruno Gasparini - Instituto Superior do Litoral do Paraná (ISULPAR) - Paranaguá-PR, Brasil. Raíssa Moreira Lima Mendes Musarra - Universidade Federal do Pará (UFPA) - Belém-PA, Brasil. Luis Henrique Bortolai - Faculdade Metropolitana de Campinas (Metrocamp) - Campinas-SP, Brasil. Isabela Figueroa - Universidad Del Cauca - Cauca, Colombia. Valeria Cristina Palmeira Zago - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - Campo Grande-MS, Brasil. Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz - Universidade Nove de Julho - São Paulo-SP, Brasil.

Indexadores:

Academic Resource Index; BASE - Bielefeld Academic Search Engine; Blook; Capes Periódicos; Catàleg Col·lectiu de les Universitats de Catalunya; CCN (Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadadas) – IbiCT; CiteFactor; Crossref; Diadorim; Directory of Research Journals Indexing; DOAJ - Directory Of Open Access Journals; Emerging Sources Citation Index (Web of Science); ERIHPLUS - European Reference Index For The Humanities and Social Sciences; EZB Electronic Journals Library; HeinOnline; Index to Foreign Legal Periodicals – IFLP; Infobase Index; Journals4Free; Journalindex.net; Journal TOCS; La Referencia; Latindex; Library of Congress; Livre - Revistas de Livre Acesso; MIAR; OAJI - Open Academic Journals Index; OASISbr; REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico); RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas) - Senado; SciLIT; Sherpa/Romeo; Ulrich's Web; Universal Impact Factor; University of Ottawa Library; vLex; ZDB.

Sumário

- 4 **SUMÁRIO**
- 7 **APRESENTAÇÃO**
- 13 **APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN ECUADOR**
APPLICATION OF THE RIGHTS OF NATURE IN ECUADOR
Rene Patricio Bedón Garzón
- 33 **LA PROTEZIONE PENALE DELL'AMBIENTE COME DIRITTO UMANO COSTITUZIONALE**
CRIMINAL PROTECTION OF THE ENVIRONMENT AS HUMAN RIGHT CONSTITUTIONAL
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro
Romeu Thomé
- 73 **A ADMISSIBILIDADE DE DEMANDAS TERRITORIAIS INDÍGENAS NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**
ADMISSIBILITY OF INDIGENOUS TERRITORIAL DEMANDS ON THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS
Voltaire de Freitas Michel
Marc Antoni Deitos
- 93 **DIGNIDADE HUMANA, SEGURANÇA NACIONAL E OS REFUGIADOS AMBIENTAIS NA LEI N. 9.474/1997**
HUMAN DIGNITY, HOMELAND SECURITY AND THE ENVIRONMENTAL REFUGEES ON THE LAW N. 9.474/1997
Fernando Sérgio Tenório de Amorim
Hugo Marinho Emídio de Barros
- 127 **O POLUIDOR INDIRETO E A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL POR DANO PRECEDENTE**
THE INDIRECT POLLUTER AND CIVIL ENVIRONMENTAL LIABILITY FOR PRECEDENT DAMAGES
Talden Queiroz Farias
Eduardo Fortunato Bim
- 147 **QUEBRADEIRAS DE COCO: “BABAÇU LIVRE” E RESERVAS EXTRATIVISTAS**
BABAÇU BREAKER WOMEN: “FREE BABASSU” AND EXTRACTIVE RESERVES
Joaquim Shiraishi Neto

Sumário

- 167 **TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL NA AMAZÔNIA**
ENVIRONMENTAL CONDUCT ADJUSTMENT AGREEMENTS IN AMAZON
Adriana Passos Ferreira
Helena Cristina Guimaraes Queiroz Simões
Fernando Castro Amoras
- 195 **GERENCIAMENTO AMBIENTAL E DESCARTE DO LIXO HOSPITALAR**
ENVIRONMENTAL MANAGEMENT AND BIOMEDICAL WASTE DISPOSAL
Valmir Cesar Pozzetti
Jorge Fernando Sampaio Monteverde
- 221 **INFERENCIAS SOBRE LA LEY BRASILEIRA DE DELITOS AMBIENTALES EN COMPARACIÓN CON EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO**
INFERENCES ON THE BRAZILIAN ENVIRONMENTAL CRIMES LAW IN COMPARISON WITH THE COLOMBIAN CRIMINAL CODE
Anselmo Jose Spadotto
Maria Del Pilar Romero Barreiro
Gerson Araújo de Medeiros
- 251 **FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE: UMA PROPOSTA CONCEITUAL**
ENVIRONMENTAL FUNCTION OF PROPERTY: A CONCEPTUAL PROPOSAL
Giselle Marques de Araújo
- 277 **POLÍTICAS PÚBLICAS E COOPERAÇÃO SOCIAL EM JOHN RAWLS**
PUBLIC POLICIES AND SOCIAL COOPERATION IN JOHN RAWLS
Cleide Calgaro
Agostinho Oli Koppe Pereira
- 303 **ARECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL - PESSOA FÍSICA: REQUISITOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS**
THE JUDICIAL RECOVERY OF THE RURAL PRODUCER AS INDIVIDUAL ENTITY: LEGAL AND JURISPRUDENTIAL REQUIREMENTS
Gessuir Pigatto
Ubirajara Garcia Ferreira Tamarindo
Sergio Silva Braga Junior

Sumário

- 329 **A DIMENSÃO SOCIOAMBIENTAL DO ESTADO DE DIREITO**
THE SOCIO-ENVIRONMENTAL DIMENSION OF THE LEGAL STATE
Ana Paula Maciel Costa Kalil
Helene Sivini Ferreira
- 361 **PRIORIDADE LEGAL DO ABASTECIMENTO PÚBLICO E
GERAÇÃO HIDRELÉTRICA**
*LEGAL PRIORITY OF PUBLIC WATER SUPPLY AND ELECTRICITY
GENERATION*
Carlos Ari Sundfeld
- 381 **NORMAS DE SUBMISSÃO**

APRESENTAÇÃO

Enaltecendo com muita honra o Estrato A1 da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) do Ministério da Educação, nível mais elevado da classificação de periódicos científicos no Brasil, a Revista Veredas do Direito apresenta à comunidade mais um número.

Este periódico é elaborado com muito zelo no âmbito do Mestrado Acadêmico da Escola Superior Dom Helder Câmara que tem, assim como esta Revista, o Direito Ambiental e o Desenvolvimento Sustentável como área de concentração. Neste exemplar, os leitores apreciarão, com absoluta certeza, o produto das mais profícuas pesquisas de autores estrangeiros e brasileiros.

O primeiro texto, de Rene Patricio Bedón Garzón, *Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, Professor Decano da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade de *Los Hemisferios* em Quito (Perú) e da Pontificia Universidade Católica do Equador, tem como título “*Application of the rights of nature in Ecuador*” ou como no espanhol original “*Aplicación de los derechos de la naturaleza en Ecuador*”. No texto o autor descreve como a Constituição do Peru dispõe sobre o Meio Ambiente, demonstrando os meios de tutela jurídica utilizados naquele país.

Sob o título “*La protezione penale dell’ambiente come diritto umano costituzionale*” ou em inglês “*Criminal protection of the environment as human right constitutional*” Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Pós-Doutor pela *Università degli Studi di Messina* - Itália e Romeu Thomé, Doutor pela Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais, apresentam um texto asseverando que a proteção ambiental, inclusive sob a égide do Direito Penal, deve ser tratada como um Direito Humano e, por consequência, objeto de máxima tutela.

Voltaire de Freitas Michel e Marc Antoni Deitos, ambos Doutores em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), bem como professores do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER), apresentam o artigo intitulado “A admissibilidade de demandas territoriais indígenas na Comissão Interamericana de Direitos Humanos”. No texto, os autores apresentam um histórico da formação do sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos, destacando a criação da

referida Comissão.

Com o título “Dignidade humana, segurança nacional e os refugiados ambientais na lei 9.474/1997”, Fernando Sérgio Tenório de Amorim, Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e pela *Université de Montreal* (Canadá) e Professor da Faculdade de Direito de Maceió, e Hugo Marinho Emídio de Barros, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário CESMAC, apresentam seu estudo que teve por objeto a análise dos Direitos Fundamentais assegurados aos refugiados no Brasil, analisando a Lei nº 9.474/1997 (Lei de Refúgio brasileira) e seus mecanismos quanto à harmonia entre os princípios da dignidade humana e segurança nacional.

Talden Queiroz Farias, Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Professor da Universidade Federal da Paraíba, em conjunto com o Doutorando pela Universidade de São Paulo (USP), Eduardo Fortunato Bim, apresentam o artigo “O poluidor indireto e a responsabilidade civil ambiental por dano precedente” sustentando que o poluidor indireto é aquele que contribui para a degradação ambiental sem dar causa a ela de forma direta e, assim, deve o Estado, bem como a Sociedade, estar atentos a essa forma de degradação.

Com o título “Quebradeiras de Coco: Babaçu Livre e Reservas Extrativistas” Joaquim Shiraishi Neto, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e Professor do Programa de Pós-graduação em Direito e Sistemas de Instituição de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR-UFMA), apresenta interessante estudo de um caso concreto, onde trata sobre o Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu (MIQCB) que vem discutindo medidas para pôr fim ao processo de devastação dos babaçuais, bem como garantir o livre acesso e uso comum das palmeiras.

Helena Cristina Guimaraes Queiroz Simões, Doutora em Educação pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e Professora do Mestrado em Direito Ambiental e Políticas Públicas da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP) em conjunto com Adriana Passos Ferreira, Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá (UNIFAP) e Fernando Castro Amoras, Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Amapá (UNIFAP), apresentam o texto intitulado “Termos de Ajustamento de Conduta Ambiental na Amazônia” onde analisam a efetividade reparatória, preventiva e compensatória dos Termos de Ajustamento de Conduta Ambiental propostos por Ministérios

Públicos Estaduais.

Sob o título “Gerenciamento ambiental e descarte do lixo hospitalar” Valmir Cesar Pozzetti, Mestre e Doutor em Direito Ambiental pela *Université de Limoges* (França) e Jorge Fernando Sampaio Monteverde, Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), sustentam em seu trabalho que a geração de resíduos é um dos grandes problemas urbanos que a sociedade contemporânea enfrenta, pois o consumo desenfreado tem gerado diversas externalidades que o capitalismo não consegue resolver.

No artigo “*Inferencias sobre la Ley Brasileña de Delitos Ambientales en comparación con El Código Penal Colombiano*” ou em inglês “*Inferences on the Brazilian Environmental Crimes Law in Comparison with the Colombian Criminal Code*”, Anselmo Jose Spadotto, Pós-Doutor em Interface jurídico-agroambiental pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) e Professor da Universidade Nove de Julho (UNINOVE) e da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), em conjunto com Gerson Araújo de Medeiros Pós-Doutor pela *University of Alberta* (UALBERTA), Canadá e Maria Del Pilar Romero Barreiro, Mestranda em Ciências Ambientais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), explicam que os assuntos ambientais são transfronteiriços, ou seja, é imprescindível que se conheça de Direito Internacional, bem como, de legislações de diversos países para que se proteja com eficiência o Meio Ambiente, evitando danos que ultrapassem os limites territoriais de uma nação, em especial a Colômbia e o Brasil.

Com o artigo “Função Ambiental da Propriedade: Uma Proposta Conceitual”, Giselle Marques de Araújo, Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA/RJ) e Professora da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) esmiúça o conteúdo da expressão “função ambiental da propriedade privada”, verificando se a função ambiental seria espécie do gênero “função social”, e a pertinência da frequente utilização da expressão “função socioambiental da propriedade”.

Cleide Calgaro, Pós-Doutora em Filosofia e em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em conjunto com Agostinho Oli Koppe Pereira, Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), ambos professores do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* e da Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (PUC/RS) discutem no artigo “Políticas Públicas e

Cooperação Social em John Rawls” a necessidade de políticas públicas locais para minimizar os problemas socioambientais causados pelo descarte impróprio de bens e produtos e, ao mesmo tempo, pretende verificar como essa inadequação fragiliza o contexto socioambiental.

Intitulado “A Recuperação Judicial do Produtor Rural Pessoa Física: requisitos legais e Jurisprudenciais”, o texto de autoria de Gessuir Pigatto, Doutor e Mestre em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR) e Professor da Pós-Graduação em Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) em conjunto com Ubirajara Garcia Ferreira Tamarindo, Mestrando em Agronegócio e Desenvolvimento pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) e Sergio Silva Braga Junior, Doutor em Administração pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE) e Professor da Pós-Graduação em Agronegócio e Desenvolvimento e da Pós-Graduação em Administração da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), explica que a recuperação judicial, que tem por objetivo viabilizar a manutenção da fonte produtora, tem despertado cada vez mais a atenção dos empresários. Todavia, sustentam os autores que há discussão na doutrina e na jurisprudência acerca dos requisitos legais em face do produtor rural pessoa física, notadamente se este deve ou não estar registrado, no órgão de empresas mercantis, quando da impetração do requerimento de recuperação judicial, inclusive sendo necessária uma análise socioambiental.

Helene Sivini Ferreira, Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Professora Adjunta do Curso de Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) em conjunto com a Doutoranda Ana Paula Maciel Costa, apresentam o texto “A Dimensão Socioambiental do Estado de Direito”. No artigo, defendem que a sociedade mundial tem vivenciado profundas e significativas mudanças que têm ensejado questionamentos radicais e múltiplas redefinições, demonstrando a enorme relevância da temática socioambiental a partir das lentes da teoria dos direitos fundamentais na formatação do projeto jurídico-constitucional hodierno.

Sob o título “Prioridade legal do abastecimento público e geração hidrelétrica” Carlos Ari Sundfeld, Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Professor Titular da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

(FGV Direito SP), apresenta seu artigo tratando da convivência entre as outorgas de direito ao uso da água para a geração de energia hidrelétrica, que envolve competências de mais de uma autoridade federal, e as outorgas posteriores para o abastecimento público, que podem envolver também competências estaduais e municipais.

Assim, estimado leitor(a), a Escola Superior Dom Helder Câmara, por intermédio desta Revista Científica, roga que a leitura deste periódico propicie engrandecimento cultural e, não obstante, seja instrumento de conscientização da importância de vivermos em um Meio Ambiente ecologicamente equilibrado.

Elcio Nacur Rezende

Editor da Revista Veredas do Direito
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da
Escola Superior Dom Helder Câmara

APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN ECUADOR

Rene Patricio Bedón Garzón

Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
Máster en Derecho Empresarial por la Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador.
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Hemisferios de Quito.
Profesor en la Maestría de Investigación en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito.
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
Abogado.
Email: rbedon@albanbedonmacias.com

RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador ha consagrado derechos a favor de la naturaleza incluyendo una reserva constitucional para su creación. En tal virtud, se han presentado varias acciones de protección y medidas cautelares constitucionales a fin de hacer efectivos estos derechos y en las cuales, fundamentalmente para garantizar el derecho de la naturaleza a la conservación integral, se ha determinado la suspensión de obras hasta que se obtengan los permisos ambientales correspondientes por parte del Estado para generar impactos ambientales; se ha aplicado el principio precautorio, se han suspendido actividades por no existir evidencia científica de daño; y, se ha ponderado derechos para permitir la limitación del derecho a la propiedad privada a fin de que se realicen tareas de remediación de un evento ambiental y se logre garantizar el derecho de la naturaleza a la restauración.

Palabras clave: ecocentrismo; conservación integral; restauración; precaución; acción de protección.

APPLICATION OF THE RIGHTS OF NATURE IN ECUADOR

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Ecuador has established rights in favour of a constitutional nature including constitutional reserves for its creation. In this way, there have been several constitutional protection actions to enforce these rights and specially for guarantee the right of nature and its integral conservation, the suspension of works had already been stopped temporarily before obtain the environmental permits from the government in order to generate environmental impacts; It has applied the precautionary principle and activities have been suspended due to lack of scientific evidence; and rights have been weighted in order to allow restriction to private property so that remediation tasks are performed an environmental event is achieved and to guarantee the right of nature restoration..

Keywords: ecocentrism; integral conservation; restoration; precaution; action protection.

1 LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

La concepción de la naturaleza como objeto de la relación jurídica tiene su fundamento en la teoría antropocéntrica, la cual sigue la posición tradicional jurídica romanista. Por esta razón, el derecho ambiental ha concebido al ser humano como el centro del universo y a la naturaleza como un ente que le es útil para satisfacer sus necesidades y solamente por este motivo la protege; en consecuencia, el ser humano es sujeto de derechos y el ambiente objeto.

La posición antropocéntrica ha predominado a nivel mundial y es la que orienta los ordenamientos jurídicos de la mayoría de países, así como los instrumentos internacionales; por ejemplo, la Declaración de Estocolmo de 1972 y la Declaración de Río de 1992, determinan que los seres humanos son lo más valioso de todas las cosas existentes en el mundo. Consecuentemente, lo primordial es el bienestar de las personas y si para conseguirlo se necesita cuidar a la naturaleza, entonces se lo debe hacer, pero esta protección no se le da directamente a ella porque merece ser protegida, sino en función de las necesidades y beneficios de los seres humanos.

La determinación de la naturaleza como sujeto de derechos, por su parte, responde a la teoría ecocéntrica, la cual coloca al ambiente y a la naturaleza como el eje central de las cuestiones ambientales. Esta corriente ha influenciado instrumentos tales como la Carta de la Naturaleza de la Naciones Unidas de 1982 en la cual se establece que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales; señala además que toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera sea su utilidad para el ser humano.

Es preciso destacar que la teoría de considerar como sujeto a la naturaleza fue desarrollada inicialmente por Christopher D. Stone (2008), autor estadounidense que a propósito de un fallo¹ escribió un ensayo en el que sostiene que los árboles Secuoyas debían ser preservados por sí mismos ya que son sujetos de derechos. Esta postura, sin embargo, fue redefinida por el mismo autor, al señalar que para proteger a la naturaleza antes que reconocer su calidad de sujeto de derechos es necesario imponer deberes a los seres humanos. El profesor Stone planteó que los árboles debían tener derecho a representación legal y en los casos en que fueran

¹ Jurisprudencia norteamericana: caso Sierra Club vs. Morton, planteado cuando una empresa tuvo la intención de cortar los árboles Secuoyas que se encontraban dentro del Mineral King Valley para construir un parque de diversiones.

objeto de daño también deberían tener derecho a la reparación.

Cormac Cullinan (2011), autor del libro *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, menciona que el mundo científico se ha dado cuenta que no hay un aspecto de la naturaleza que se pueda entender sin mirarlo en el contexto de los sistemas de los cuales forma parte. Sin embargo, este concepto aún no ha sido trasladado al mundo de las leyes y las políticas, ni a la sociedad en general.

La concepción tradicional de los sujetos de derecho así como la concepción de la naturaleza como un ente que es de utilidad para los seres humanos ha sido modificada por la Constitución del Ecuador de 2008 ya que reconoce expresamente a la naturaleza como sujeto de derecho y ha pretendido generar un cambio conceptual sustancial respecto a varios temas como el régimen de desarrollo y la inclusión del “buen vivir” o “*sumak kawsay*” como concepto orientador de la vida. Mario Melo (2013) entiende al buen vivir como una categoría simbólica que denota, en la cosmovisión de numerosos pueblos ancestrales, un conjunto de valores que dan sentido a la existencia en el plano individual y colectivo. Vida en armonía que conjuga la relación con el entorno natural, la “tierra sin mal” y con la cultura o “sabiduría de los ancestros”. Pues resulta evidente que para el efectivo cumplimiento de los derechos de la naturaleza se requiere de una situación en la que exista armonía de los seres humanos con la naturaleza, que es precisamente lo que busca el buen vivir.

En definitiva, la Constitución ecuatoriana determina que la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución², de lo cual se desprende que por un lado se entregó derechos subjetivos a la naturaleza, reconociendo el valor intrínseco de la naturaleza independientemente de su utilidad y por otro lado, se estableció una reserva constitucional para el establecimiento de estos derechos.

El capítulo séptimo de la Constitución, denominado “Derechos de la naturaleza”, que se encuentra dentro del Título II designado “Derechos del buen vivir”, establece los derechos de la naturaleza en la siguiente forma:

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, 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.
 Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública

² Constitución, Art. 10 inciso segundo.

el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. Concordancias:

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. (ECUADOR, 2008)

1.1 Derecho a la Conservación Integral

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 71³ de la Constitución del Ecuador, el cual establece que la naturaleza tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Es importante entender adecuadamente este derecho para no suponer inadecuadamente que el otorgamiento de derechos a la naturaleza puede afectar la vida cotidiana impidiendo la utilización de los recursos naturales necesarios para satisfacer las necesidades personales.

Al respecto, Alberto Acosta (2011, p.353) manifiesta que

[...] Estos derechos no defienden una naturaleza intocada, que nos lleve, por ejemplo a dejar de tener cultivos, pesca o ganadería. Estos derechos defienden el mantenimiento de los sistemas de vida, los conjuntos de vida. Su atención se fija en los ecosistemas, en las colectividades, no en los individuos. Se puede comer carne, pescado y granos, por ejemplo, mientras se asegure que quedan ecosistemas funcionando con sus especies nativas.

En definitiva, este derecho lo que busca es la protección integral de los ecosistemas, es decir que estos permanezcan íntegros, lo cual no

³ Constitución, Art. 71: La naturaleza o Pacha Mama, 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.

implica que no se puede utilizar componentes determinados de la naturaleza para satisfacer las necesidades de las personas, sino que únicamente hay que cuidar que la utilización o consumo de ciertos recursos no afecte a la conservación integral de la naturaleza como un todo. Así se ha consagrado en la propia Constitución, la cual, en su artículo 74 establece que los individuos y colectividades pueden beneficiarse de los recursos de la naturaleza para su buen vivir.

1.2 Derecho a la Restauración

Se encuentra previsto en el artículo 72 de la Constitución⁴, el cual dispone que la naturaleza tiene derecho a la restauración independientemente del derecho de las personas o comunidades a ser indemnizadas y compensadas, respectivamente, en caso de daño ambiental. Por su parte el artículo 397 de la Constitución establece que en casos de daño ambiental el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y restauración de los ecosistemas.

En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.

2. Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación

⁴ Constitución, Art. 72: La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales.

3. Regular la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente.

4. Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas. El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado.

5. Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales, basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad. (ECUADOR, 2008)

La separación de los individuos y comunidades afectados como sujetos de indemnizaciones y compensaciones, de la naturaleza como sujeto de restauración, ha permitido articular un sistema en que las demandas deben ser presentadas de forma separada según lo ha establecido la jurisprudencia y ya expresamente el artículo 38⁵ del promulgado Código Orgánico General de Procesos que entrará en vigencia en mayo de 2016.

Es preciso destacar que para lograr efectivamente la restauración se requiere pasar por tres etapas: la mitigación, la remediación y la restauración.

1.2.1 Mitigación

Se denomina así al conjunto de procedimientos a través de los cuales se busca bajar a niveles no tóxicos y/o aislar sustancias contaminantes en un ambiente dado.

La mitigación ha sido definida también como aquellas medidas inmediatas que se toman para evitar un daño mayor cuando se produce un impacto al ambiente o un daño; por ejemplo, en caso de un evento ambiental dañoso la excavación de zanjas para evitar la dispersión de contaminantes; otro ejemplo es el tratamiento de hidrocarburos insolubles más livianos que el agua, para lo cual, se procede a instalar un pozo en el que se harán dos tipos de bombeo, uno inferior para crear un cono de depresión en el

⁵ Artículo 38.- Representación de la naturaleza. La naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quien además podrá actuar por iniciativa propia. La naturaleza no podrá ser demandada en juicio ni reconvenida. El Defensor del Pueblo responderá conforme con la ley y con este Código. Las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de este se ejercerán de forma separada e independiente.

agua y uno superior para retirar al hidrocarburo.

Las medidas de mitigación están previstas tanto en la Ley de Gestión Ambiental como en los reglamentos ambientales de operaciones hidrocarburíferas y de actividades mineras pero principalmente se las establece dentro de los planes de prevención y mitigación que se deben incluir en los estudios de impacto ambiental que son necesarios para el otorgamiento de la licencia ambiental.

1.2.2 Remediación

El término remediación como tal no ha sido incluido en las definiciones de los diccionarios de la lengua española, solo encontramos a la palabra remediar que significa corregir, enmendar o poner remedio a un daño. Esta palabra como derivación del término inglés remediation se la ha utilizado para denotar la limpieza de sitios contaminados.

La remediación ha sido recientemente definida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como el “conjunto de medidas y acciones tendientes a restaurar afectaciones ambientales producidas por impactos ambientales negativos o daños ambientales, a consecuencia del desarrollo de actividades, obras o proyectos económicos o productivos” (ECUADOR, 2012).

1.2.3 Restauración

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, restaurar es reparar, renovar o volver a poner algo como estaba antes.

La Ley de Gestión Ambiental utiliza este término para determinar las acciones de reponer el medio ambiente o uno de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o reestablecer sus prioridades básicas.

Jesús Conde Antequera (2004, p.94) explica que:

la restauración ambiental desde una perspectiva ecológica habrá de definirse como la restauración de la interacción o interrelación ecológica, de la funcionalidad ambiental que los elementos ambientales dañados han dejado de aportar a consecuencia del daño. Restauración que consistiría, en la devolución, en la medida posible, al suelo, aire y agua, a la fauna, flora y condiciones ambientales de desarrollo de tales especies, de las propiedades que se hubieran perdido o alterado, de tal forma que los recursos deteriorados y el sistema ecológico recuperan su funcionalidad alterada.

Es preciso destacar que para otros autores como Gudynas (2011, p.242) la restauración es “la recuperación de ecosistemas degradados o modificados a una condición similar o igual a su estado original silvestre, antes que se produjeran impactos de origen humano”.

En el Ecuador, siguiendo una posición más cercana a la de Conde Antequera se ha definido normativamente a la restauración integral estableciéndose que es el

derecho de la naturaleza por medio del cual, cuando ésta se ha visto afectada por un impacto ambiental negativo o un daño, debe ser retornada a las condiciones determinadas por la autoridad ambiental que aseguren el restablecimiento de equilibrios, ciclos y funciones naturales. Igualmente implica el retorno a condiciones y calidad de vida dignas, de una persona o grupo de personas, comunidad o pueblo, afectados por un impacto ambiental negativo o un daño (ECUADOR, 2012).

Esta definición coloca en manos de la autoridad ambiental la determinación de las condiciones a las cuales debe retornar el ambiente, lo cual evidentemente debe instrumentarse a través de un acto administrativo, el cual, en todo caso debe precautelar el restablecimiento del equilibrio, ciclos y funciones naturales.

1.3 Precaución de Extinción de Especies y no Introducción de Organismos Genéticamente Modificados

Este derecho se encuentra previsto en el artículo 73 de la Constitución y comporta las medidas de precaución y restricción que el Estado debe aplicar frente a actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.

Al mismo tiempo se prohíbe la introducción de elementos que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. Se declara al país libre de cultivos y semillas transgénicas, siendo posible su introducción únicamente de forma excepcional cuando haya sido declarado de interés nacional por la Asamblea Nacional a petición del Presidente de la República⁶. Estas disposiciones a su vez encuentra su fundamento en el principio *pro natura*, es decir en la presunción a favor de la protección de la naturaleza en el sentido de que es preferible equivocarse en tomar

⁶ Constitución, Art. 401

medidas que en no tomarlas.

1.4 No Apropiación de Servicios Ambientales

El derecho a que nadie, ni siquiera el Estado se apropie de servicios ambientales se encuentra previsto por el artículo 74 de la Constitución⁷. Esta norma establece también que su producción, prestación, uso y aprovechamiento será regulado por el Estado.

Se ha definido a los servicios ambientales como los “beneficios que las poblaciones humanas obtienen directa e indirectamente de las funciones de la biodiversidad (ecosistemas, especies y genes), especialmente ecosistemas y bosques nativos y de plantaciones forestales y agroforestales. Los servicios ambientales se caracterizan porque no se gastan ni transforman en el proceso, pero generan utilidad al consumidor de tales servicios; y, se diferencian de los bienes ambientales, por cuanto estos últimos son recursos tangibles que son utilizados por el ser humano como insumo de la producción o en el consumo final, y que se gastan o transforman en el proceso” (ECUADOR, 2015).

2 JURISPRUDENCIA RELATIVA A LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

La Constitución cuenta con una sección sobre garantías jurisdiccionales, las cuales sirven de mecanismo para la protección de los derechos constitucionales. Por lo tanto, para los casos de violación de los derechos de la naturaleza es posible reclamar su tutela a través de la acción de protección o de las medidas cautelares.

La acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución (2008); puede interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, en los siguientes casos⁸: Por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y, cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño

⁷ Constitución, Art. 74: Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

⁸ Constitución 2008, Art. 88

grave en los supuestos de (i) prestación de servicios públicos impropios; (ii) cuando actúa por delegación o concesión; (iii) si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Los requisitos para la procedencia de esta acción son: existencia de la violación de un derecho constitucional; la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular y la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado (ECUADOR, 2009)⁹.

De igual forma, otra de las garantías jurisdiccionales que sirven para proteger estos derechos son las medidas cautelares. Éstas tienen por objeto evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho reconocido en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; éstas pueden ser ordenadas conjunta o independientemente de las acciones constitucionales (ECUADOR, 2009)¹⁰.

Las medidas cautelares proceden cuando el juez tiene conocimiento de un hecho que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o cuando lo viole. Se considera como violación grave los casos en que se pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación (ECUADOR, 2009)¹¹.

No obstante, las medidas cautelares no proceden cuando existan estas medidas en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección (ECUADOR, 2009)¹².

Las acciones de garantías jurisdiccionales son adecuadas en los casos de vulneración de derechos de la naturaleza, pues prevén un procedimiento sencillo, rápido, eficaz y oral en todas sus fases e instancias y se caracterizan por contar con una legitimación activa amplia para su demanda (la acción puede ser interpuesta por cualquier persona, grupo, colectividad o por la Defensoría del Pueblo)¹³, además, son hábiles para presentar la acción todos los días y horas; pueden ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida,

9 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 40

10 Constitución, Art. 87; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 26

11 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 27

12 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 27

13 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 9

tampoco se requiere del patrocinio de un abogado (ECUADOR, 2009)¹⁴.

2.1 Acción de Protección por Violación de los Derechos de la Naturaleza en Relación al Río Vilcabamba

En 2008 el Gobierno Provincial de Loja inició trabajos de ampliación de la vía Vilcabamba-Quinara, sin embargo, al no contar con el licenciamiento ambiental correspondiente estaban arrojando los escombros y material de excavación directamente al Río Vilcabamba. Como consecuencia de estos trabajos se afectó el cauce del río.

En diciembre de 2010 dos extranjeros presentaron por primera vez una acción de protección “a favor de la Naturaleza, particularmente a favor del río Vilcabamba” y en contra del Gobierno Provincial de Loja.

En primera instancia se negó la acción de protección debido a la falta de legitimación pasiva en el caso. Después de la apelación, en marzo de 2011 la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja dicta sentencia declarando que se han violado los derechos de la naturaleza.

Los fundamentos para aceptar esta acción se señalan a continuación (CORTE PROVINCIAL DE LOJA, 2011)¹⁵:

- Consideraron que la acción de protección era la única vía idónea y eficaz para proteger los derechos de la naturaleza, especialmente por existir un daño específico.
- Manifestaron que en el caso de actividades que conllevan probabilidad o peligro de provocar contaminación o daños ambientales se deben tomar medidas de precaución para evitar estos daños, aun cuando no exista certeza de la producción de estos efectos negativos.
- Se hizo referencia al principio de inversión de la carga de la prueba reconocido a nivel constitucional; en este sentido se consideró que los accionantes no debían probar los perjuicios causados sino que el Gobierno Provincial de Loja debía aportar pruebas respecto a la inocuidad al ambiente de las actividades de apertura de la carretera.
- Adoptaron la teoría del riesgo al establecer que “sería inadmisibles el rechazo de una acción de protección a favor de la Naturaleza por no haberse arrojado prueba, pues en caso de probables, posibles o bien que pueda presumirse ya provocado un daño ambiental por contaminación, deberá acreditar su inexistencia no solo quien esté en mejores condiciones

¹⁴ Constitución, Art. 86; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 8

¹⁵ Sentencia Corte Provincial de Loja. Juicio No. 11121-2011-0010, pág. 1

de hacerlo sino quien sostiene tan irónicamente que tal daño no existe” (CORTE PROVINCIAL DE LOJA, 2011, p.4). Por lo tanto, el Gobierno de Loja debía demostrar que la apertura de la carretera no estaba provocando daños al ambiente.

- Consideraron a los daños a la naturaleza como daños generacionales, ya que estos daños “por su magnitud repercuten no solo en la generación actual sino que sus efectos van a impactar en las generaciones futuras” (CORTE PROVINCIAL DE LOJA, 2011, p.3).

- Calificaron como inaceptable el hecho de que el Gobierno de Loja, constituyendo Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable y estando acreditada ante el Sistema Único de Manejo Ambiental para el otorgamiento de licencias ambientales, haya incumplido la normativa ambiental y la obligación de obtener una licencia ambiental para la ampliación de la vía ante el Ministerio de Ambiente.

- Finalmente concluyeron que no existe una colisión de derechos constitucionales, entre la necesidad de la ampliación de la carretera y los derechos de la naturaleza, sino que solamente se requiere que esta obra se la realice respetando los derechos de la naturaleza y cumpliendo la normativa ambiental.

En sentencia se establecieron las siguientes obligaciones: (i) que dé cumplimiento a las recomendaciones de acciones correctivas que el Ministerio de Ambiente¹⁶ ha realizado respecto a la obra; en caso de no cumplirlas se advierte con suspender la obra; (ii) que ofrezca disculpas públicas por iniciar una obra sin contar con el licenciamiento ambiental correspondiente. Como medida adicional se delega a la Dirección Provincial del Ministerio del Ambiente y Dirección Provincial de la Defensoría del Pueblo el seguimiento del cumplimiento de la sentencia.

2.2 Medidas Cautelares A Favor de los Derechos de la Naturaleza por Ampliación de Una Vía en Galápagos

En Santa Cruz, Galápagos, en el año 2012, el Gobierno Municipal había iniciado un proceso de licitación para la contratación pública de la

¹⁶ El MAE realizó las siguientes recomendaciones: (i) El Gobierno Provincial de Loja (GPL), debe presentar en el término de 30 días, un Plan de Remediación y Rehabilitación de áreas afectadas en el Río Vilcabamba y las propiedades de colonos afectados; (ii) el GPL debe presentar inmediatamente al MAE los permisos ambientales otorgados para la construcción de la carretera; el GPL debe implementar las siguientes acciones correctivas: cubetos de seguridad para evitar derrames de combustible al suelo; limpiar el suelo contaminado por el combustible derramado y evitar su propagación; implementar un sistema de rotulación y señalización adecuada; ubicar sitios de escombreras para el depósito y acumulación del material y evitar botes laterales.

construcción y regeneración de una avenida sin contar con la categorización de los impactos ambientales por lo que no contaban con la ficha ambiental o licenciamiento ambiental correspondiente.

Un grupo de personas interpuso una solicitud de medidas cautelares independiente en contra del acto administrativo del Gobierno Municipal. Las medidas cautelares se pidieron a favor de la naturaleza debido a la fragilidad de los ecosistemas existentes en Galápagos y teniendo en cuenta el régimen especial que rige en esta zona insular respecto a la limitación de actividades que puedan afectar el medio ambiente.

Se expidió sentencia en junio de 2012 aceptando la medida cautelar, para lo cual se fundamentó la decisión en los siguientes derechos y principios constitucionales: derechos de la naturaleza; derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza; régimen especial de Galápagos; inversión de la carga de la prueba; posibilidad de que las personas y grupos obtengan tutela efectiva en materia ambiental; principio precautorio e in dubio pro natura. Además, de las disposiciones normativas sobre gestión ambiental, especialmente la evaluación de impacto ambiental y consulta previa, así como las disposiciones sobre el régimen especial de Galápagos en cuanto a las limitaciones de actividades que pueden afectar el ambiente.

La sentencia se fundamenta en las siguientes consideraciones (JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE GALÁPAGOS, 2012)

- Se consideró a la medida cautelar como un mecanismo eficaz y rápido para la protección de derechos fundamentales y la tutela de derechos vulnerados.

- Se manifestó que en el derecho ambiental constitucional la teoría de la prueba tiene su fundamento en la inversión de la carga de la prueba, por lo tanto corresponde a la autoridad pública probar que la actividad no causa afectaciones, pues esta obligación no le corresponde a quien alega la vulneración del derecho de la naturaleza.

- Asimiló la falta de los permisos ambientales para la ejecución de la obra con la vulneración de los derechos de la naturaleza, afirmándose que “en este caso particular es jurídica y constitucionalmente inconcebible que la entidad pública accionada pretenda ejecutar una obra pública sin la autorización de la autoridad ambiental” (JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE GALÁPAGOS, 2012, p.15).

- Se consideró que en Galápagos los derechos de la naturaleza

implican limitaciones de las actividades de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas y son de obligatorio cumplimiento para todas las instituciones, públicas y privadas, así como para las personas.

- Se realizó una ponderación de los derechos de la naturaleza frente a la autonomía de los Gobiernos Autónomos Descentralizados llegando a la conclusión de que estas entidades deben apearse al cumplimiento de los derechos de la naturaleza, el principio de precaución y régimen especial de Galápagos, pues la normativa no admite excepciones para su incumplimiento y menos aún para que este sea realizado por entidades públicas; además, en relación a las limitaciones que se derivan del régimen especial de Galápagos se debe entender que éstas se han establecido por cuanto se busca la menor afectación al ambiente.

- Se concluyó afirmando que en Galápagos la exigencia de respetar los derechos de la naturaleza es mayor debido a la biodiversidad existente en la región, así como la presencia de dos áreas protegidas que conforman el patrimonio natural del Estado: Parque Nacional Galápagos y Reserva Marina Galápagos, que además constituyen Patrimonio Natural de la Humanidad y Reserva de Biósfera.

En este caso se realizó un acuerdo conciliatorio extrajudicial mediante el cual las partes acuerdan que el inicio de la obra sea realice en una fecha determinada que no afecte la temporada alta del turismo.

En sentencia se acogió este acuerdo conciliatorio y se ordena la suspensión provisional de la obra hasta que se realice la socialización del proyecto y se cuente con la licencia ambiental.

2.3 Acción de Protección por Violación de los Derechos del Río Blanco

Los dueños de un predio ubicado en Tabacundo, Pichincha, obtuvieron una concesión minera artesanal para la explotación de materiales pétreos; comenzaron a realizar estas actividades sin contar con el licenciamiento ambiental respectivo por lo que se estaba provocando el deslizamiento de materiales en el Río Granobles (Río Blanco), causando su afectación.

Frente a esta situación dos particulares presentaron una acción de protección, en enero de 2013, por la presunta violación de los derechos del Río Blanco y por amenaza de vulneración del derecho al agua; en la acción también solicitaron medidas cautelares, específicamente: el desalojo y

retiro de la maquinaria, volquetas y más herramientas que se encuentran en el sitio; la suspensión inmediata de la actividad de explotación de la cantera hasta la resolución de la acción.

Al calificar la demanda se aceptaron estas medidas y se ordenó la suspensión de las actividades de explotación de la cantera.

Para dictar sentencia de primera instancia se realizan varias consideraciones (JUZGADO DÉCIMO SEXTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA, 2013):

- Todos los derechos son plenamente justiciables e igualmente jerárquicos.

- Se asimiló la inversión de la carga de la prueba en los casos de daño ambiental con una acción afirmativa o condición especial para el ejercicio de los derechos.

- Se acogió el principio *in dubio pro natura* estableciéndose que éste debe informar la decisión del juzgador a favor de la naturaleza cuando existan dudas.

- Se tomó el principio de precaución afirmándose que cuando exista amenaza a la naturaleza no se debe esperar tener estudios exhaustivos para tomar medidas para evitar daños.

- Se realizó una ponderación entre el derecho al trabajo de los accionados y la solicitud de suspensión definitiva de la actividad, solicitada en la demanda, decidiéndose que la suspensión provisional hasta que se tomen las medidas necesarias que aseguren el mínimo impacto ambiental; además, se hace referencia a la importancia del Río Blanco por ser fuente de provisión de agua de consumo y de riego para la población cercana, así como la vida acuática que debe ser protegida.

En sentencia se resolvió aceptar parcialmente la acción y se dispuso la suspensión temporal de las actividades mineras hasta que se obtenga la correspondiente licencia ambiental; además se manda a realizar un estudio de agua del Río Blanco a fin de efectuar los procesos de remediación correspondientes.

La decisión de primera instancia fue apelada por los accionados, resolviendo la Corte negar la apelación y ratificar la resolución de primera instancia fundamentando la decisión en el régimen prioritario de protección de elementos naturales y de los derechos de la naturaleza, principio de precaución, régimen normativo sobre licenciamiento ambiental, derecho a vivir en un ambiente sano, e inversión de la carga de la prueba (TERCERA SALA DE GARANTÍAS PENALES DE LA CORTE PROVINCIAL DE

PICHINCHA, 2013).

2.4 Medidas Cautelares para Remediar el Estero Wincheles en Esmeraldas

El 8 de abril de 2013 se produjo una rotura del oleoducto de crudos pesados en el sector de Wincheles provincia de Esmeraldas, por un asentamiento de tierra y se activó el Plan de Respuesta a Emergencias o Plan de Contingencia y el respectivo Programa de Remediación Ambiental con el fin de efectivizar el derecho de la Naturaleza a la restauración y de las personas a vivir en un ambiente sano; para ejecutar todo este proceso la operadora se vio en la obligación de ingresar en los inmuebles afectados que contó con la colaboración de casi todos los propietarios con excepción del señor Carlos Hanze quien impidió realizar las tareas de remediación y mitigación de los impactos ocasionados por el evento en su propiedad y además no permitió acceso al estero Wincheles y sus riberas, pese a que como lo establece la ley los ríos, esteros en general el agua es de propiedad del estado y no le pertenece a ningún particular.

Por lo tanto el acto violatorio y por el cual se pidieron medidas cautelares fue el impedimento de ingresar a su propiedad y al estero Wincheles a realizar tareas de remediación, lo cual amenazaba con generar un grave daño ambiental y social a la ciudad de Esmeraldas. En razón de la urgencia del evento y con el objeto de cesar la violación de los derechos reconocidos por la Constitución, se pide al Juez de lo Civil de Esmeraldas que otorgue medidas cautelares constitucionales, medida que es idónea para evitar la consumación de daños tanto para la comunidad afectada como a la Naturaleza.

El 7 de mayo del 2013 el Tribunal competente avocó conocimiento de la causa e inmediatamente dispuso las medidas cautelares y se ordenó que

el demandado Carlos Alberto Hanze Moreno, propietario del bien ubicado en la vía Esmeraldas Quinidé, margen derecho del río Winchele, Cantón Esmeraldas, permita, que trabajadores equipos técnicos y maquinaria, ingresen al predio de la propiedad de este, con el propósito que a través de ella, ingresar al estero Winchele y sus riberas, con la finalidad que funcionarios y contratistas de la compañía Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. puedan cumplir con las tareas de mitigación y remediación del evento de fuerza mayor KP474, en el que precautelan la no

afectación a bienes del propietario del inmueble¹⁷

Además se ofició al comandante de la Policía Nacional para que personal de la Policía preste la garantía y ayuda necesaria para que se realice efectivamente la remediación y se garantice el derecho de la naturaleza a la restauración.

CONCLUSIONES

- En el Ecuador, la Constitución del año 2008 estableció expresamente derechos a favor de la naturaleza.

- Existe reserva constitucional para la creación de derechos de la naturaleza.

- Existe un capítulo especial que recoge los derechos a la conservación integral, la restauración, la no introducción de organismos genéticamente modificados y la no apropiación de servicios ambientales.

- La conservación integral no impide que los individuos y colectivos se beneficien del ambiente en cuanto sea indispensable para el buen vivir.

- La restauración por definición normativa implica retornar los componentes ambientales a los niveles determinados por la autoridad en acto administrativo.

- Las acciones por daño ambiental para la restauración de la naturaleza son independientes de la acción de daños a los civiles o a las comunidades aun cuando estos se originen en el mismo evento ambiental.

- Las acciones de garantías jurisdiccionales han permitido que de inicien procesos de defensa de los derechos constitucionales de la naturaleza.

- En los procesos constitucionales fundamentalmente se han precautelado los derechos de conservación integral y de restauración.

- Para garantizar el derecho de la naturaleza a la conservación integral, se ha determinado la suspensión de obras hasta que se obtengan los permisos ambientales correspondientes por parte del Estado para generar impactos ambientales; se ha aplicado el principio precautorio, se han suspendido actividades por no existir evidencia científica; y, se ha ponderado derechos para permitir la limitación del derecho a la propiedad privada a fin de que se realicen tareas de remediación de un evento ambiental

¹⁷ Providencia de martes 7 de mayo del 2013, Juicio No. 08242-2013-0053, que sigue Andrés Mendizábal en contra de Carlo Hanze.

y se logre garantizar el derecho de la naturaleza a la restauración.

REFERENCIAS

ACOSTA, Alberto. Los Derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia. En A. Acosta , & E. Martínez , *La Naturaleza con Derechos: De la filosofía a la política* Quito: Abya-Yala, 2011. 376p.

ANTEQUERA, Jesús Conde. *El deber jurídico de restauración ambiental*. Granada (España): Editorial Comares. 2004

CORMAC CULLINAN; Chelsea. *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*. 2nd Edition. Green Publishing: Madison (USA), 28 de abr de 2011.208 p.

CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE GALÁPAGOS (ECUADOR). *Juicio No. 269-2012*, Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de Galápagos.

CORTE PROVINCIAL DE LOJA (ECUADOR). Sentencia Corte Provincial de Loja. *Juicio No. 11121-2011-0010*, Disponible en <http://www.elcorreo.eu.org/IMG/article_PDF/Jurisprudencia-Ecuadoriana-sobre-Derechos-de-la-Naturaleza_a20229.pdf>. Acceso en: 01/02/2017.

CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA (ECUADOR). Sentencia de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha de 19 de julio de 2013, *Caso No. 2013-0098*. Disponible en < <http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php>>. Acceso en: 01/02/2017.

ECUADOR. *Acuerdo Ministerial No. 169 publicado en el Registro Oficial No. 655*, de 7 de marzo de 2012. Disponible en <http://www.industrias.ec/archivos/documentos/principios_politicas_publicas_ambientales.pdf>. Acceso en: 01/02/2017.

ECUADOR. *Codificación Ley de Gestión Ambiental, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 418*, de 10 de septiembre de 2004. Disponible en <<http://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/09/LEY-DE-GESTION-AMBIENTAL.pdf>>. Acceso en: 01/02/2017.

ECUADOR. *Código Orgánico General de Procesos*, de 22 de mayo de 2015 disponible en <<http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>>. Acceso en: 01/02/2017.

ECUADOR. *Constitución de la República del Ecuador 2008*, Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf>. Acceso en: 01/02/2017.

ECUADOR. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009 Disponible en <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf>. Acceso en: 01/02/2017

ECUADOR. *Texto Unificado Legislación Secundaria, Medio Ambiente, Libro Vi Decreto Ejecutivo 3516 Registro Oficial Suplemento 2 de 31-mar.-2003*. Última modificación: 23-mar.-2015. Disponible en <<http://www.ruminahui-aseo.gob.ec/periodo2015/documentos/tulas.pdf>> recuperado en 01/02/2017.

GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política. En A. Acosta , & E. Martínez , *La Naturaleza con Derechos: De la filosofía a la política* Quito: Abya-Yala, 2011. págs. 239-286.

MELO, Mario. Los Pueblos Indígenas y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. In: Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), Quito, 23 de junio de 2004. Disponible en <http://alainet.org/active/show_text.php3?key=6342>. Acceso en: 01/02/2017.

STONE, Christopher. *Should Trees Have Standing?* .Third edition. New York: Oxford University Press, 2008.

Artigo recebido em: 28/03/2017.

Artigo aceito em: 16/05/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

GARZÓN, Rene Patricio Bedón. Aplicación de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 13-32, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1038>>. Acesso em: dia mês. ano.

LA PROTEZIONE PENALE DELL'AMBIENTE COME DIRITTO UMANO COSTITUZIONALE

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Messina, Itália.
Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Professor dos cursos de Graduação e Mestrado da Escola Superior Dom Helder Câmara.
Promotor de Justiça em Belo Horizonte-MG.
Email: lgribeirobh@gmail.com

Romeu Thomé

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Professor dos cursos de Graduação e Mestrado da Escola Superior Dom Helder Câmara.
Advogado.
Email: romeuprof@hotmail.com

SINTESE

L'ambiente, oggi consacrato dottrinalmente come diritto umano di terza generazione e contemplato con disposizioni costituzionali che lo innalzano alla condizione di diritto fondamentale nell'ambito di diversi Paesi, è bene giuridico atto a essere effettivamente tutelato dal diritto penale che, tuttavia, richiede modificazioni nella sua dogmatica individualista secolare per la difesa di un diritto che è, allo stesso tempo, individuale e diffuso. Il testo contempla, sotto il ragionamento logico-deduttivo e con ricerca bibliografica, la garanzia dell'ambiente dal diritto penale e presenta proposte per la migliore tutela ambientale, esse corrispondendo, oltre alla predisposizione di norme penali più adeguate, alla creazione di un Tribunale Internazionale competente per le richieste penali legate all'ambiente e all'ammissione della responsabilità penale delle persone giuridiche. Si riconosce, nell'ambiente, una reale garanzia di tipo costituzionale, non soltanto diffusa, ma anche individuale, giacché direttamente legata alla qualità di vita dei singoli esseri e che ha avviato, negli ultimi decenni, la consacrazione di documenti internazionali e costituzionali di effettiva tutela.

Paroles: ambiente; tutela penale; diritto umano fondamentale.

*CRIMINAL PROTECTION OF THE ENVIRONMENT
AS HUMAN RIGHT CONSTITUTIONAL*

ABSTRACT

The environment, today consecrated doctrinally as human right of third generation and covered with constitutional provisions that elevate the status of fundamental rights in the context of different countries, it is legal right able to be effectively supervised by the criminal law, however, lacks changes in its secular individualist dogmatic to defend a right that is at once individual and diffuse. The text includes, under the logical-deductive reasoning and literature, the guarantee of the environment through criminal law and makes proposals for better environmental protection, corresponding to them, in addition to fitness more appropriate penal standards, the establishment of a Court competent international for criminal demands related to environment and assumption of criminal liability of legal persons. It is recognized, environmentally, a true constitutional strain assurance, not only diffuse, but also individual as directly related to the quality of life of each being and that triggered, in recent decades, the consecration of international and constitutional documents effective protection.

Keywords: *Environment; criminal protection; fundamental human right*

INTRODUZIONE

Le molteplici ragioni per le quali l'uomo e le imprese aggrediscono l'ambiente hanno guidato il ragionamento di un testo che, per il fatto di considerare l'ambiente ecologicamente equilibrato essenziale alla vita degli esseri delle generazioni presenti e future, rivendica l'intervento penale per la tutela del bene giuridico di tale portata.

Il carattere di *ultima ratio* del diritto penale fa sì che questo abbia come oggetto di tutela soltanto i beni giuridici del massimo livello, quelli che per la loro predisposizione giuridica richiedono non solo la tutela giuridica, ma anche la tutela giuridico-penale.

Essendo così, la costruzione inizia per sostenere le ragioni per le quali l'ambiente è un bene giuridico necessitante della tutela penale. Apprezzato come diritto umano che compone la terza generazione dei diritti, si è espresso che l'ambiente, oggi così degradato, è considerato diritto fondamentale da gran parte delle costituzioni moderne, oppure, quando così non è previsto espressamente nei testi costituzionali, riconosciuto come tale dalle Corti Supreme, come in Italia.

Da allora in poi il ragionamento che conduce alla trattativa dell'ambiente come diritto umano degno di tutela penale passa attraverso l'analisi della nozione del bene giuridico, del suo rapporto con la costituzione e dell'ammissione dell'ambiente alla condizione di bene giuridico penalmente rilevante, degno di garanzia e tutela dalla legge penale, non solo perché è diritto diffuso, appartenente a tutti, ma anche per la sua importanza rispetto all'uomo, considerato nella sua individualità, il che fa sì che la sua predisposizione come oggetto di tutela sia, allo stesso tempo, di garanzia individuale e diffusa.

Tuttavia, si sa che la dogmatica penale secolare è individualista e, per questo, richiede degli adattamenti per la tutela di un bene giuridico di tale peculiarità. Poiché, alla base dei fondamenti del diritto penale secolare si trovano regole e principi cari alla garanzia dei beni giuridici individuali, il che richiede un nuovo sguardo verso la trattativa di un bene peculiare che, provvisto di dignità giuridico-costituzionale, domanda tutela dal diritto penale.

Il lavoro principia dalla trattativa dei diritti fondamentali e diritti umani in modo da trattare concetti, differenze e la costruzione storica, il che però ha rispettato le limitazioni dell'approccio di così ampio argomento secondo la proposta del testo.

Formulati i presupposti concettuali, si è passato a discorrere sulle ragioni per le quali l'ambiente è un diritto umano costituzionale, perché, poi, nei topic seguenti, il ragionamento fosse rivolto alla garanzia dell'ambiente dal diritto penale come frutto della sua importanza come autentico diritto umano peculiare, individuale e diffuso, rivendicato non solo in ambito transnazionale (come diritto umano), ma anche nei limiti consacrati dall'ordinamento di ciascun Paese (come diritto fondamentale).

Tuttavia, il testo non esita a esporre le difficoltà della tutela penale di bene giuridico così peculiare; non si rifiuta di esporre le difficoltà della tutela penale di bene giuridico tanto peculiare; tuttavia, per esternare le sfide, espone anche le prospettive di un diritto penale che serva la propria vita e che, per questo, sia preparato anche alla buona tutela dell'ambiente.

Pertanto, si vede che, sull'orizzonte tematico delle garanzie individuali nelle costituzioni moderne, l'ambiente è stato contemplato con la dignità di cui è meritevole, ossia, come diritto individuale e diffuso allo stesso tempo, consacrato nei trattati internazionali e nell'organismo interno di ciascun Paese, sia espressamente dalle Costituzioni, sia dal riconoscimento della sua importanza dalle Corti Supreme. Essendo così, una volta stabilite le premesse, si è avviato al trattamento giuridico-penale della tutela ambientale.

Pertanto, dinanzi alla domanda se l'ambiente, dalla sua importanza e peculiarità, deve essere tutelato dal diritto penale, si ha, per ipotesi, il ragionamento che la sua importanza fa sì che il diritto penale, anche se consacrato alla protezione dei beni giuridici individuali, deva alla fine adattarsi, è la dogmatica che deve servire la vita e l'uomo, e non l'incontrario.

Si tratta di una ricerca che si è valsa di dati primari e secondari consistenti nell'analisi di testi legislativi, dottrina e giudicati, e del ragionamento deduttivo capace di sostenere la sintesi che l'ambiente è meritevole di tutela penale dalla tesi della sua suprema importanza come diritto umano fondamentale consacrato in campo internazionale e, simultaneamente, nelle Costituzioni moderne.

1 DIRITTI FONDAMENTALI E DIRITTI UMANI

Condizionati al tempo storico in cui contemplati tali o quali i valori che svegliano l'interesse di protezione giuridica, i diritti fondamentali sono quelli oggi catalogati nei testi costituzionali e che si riferiscono ai diritti

basici dell'uomo. Adottato il concetto formale sotto l'ottica di Ferrajoli, diritti fondamentali sono quei

Diritti soggettivi che si riferiscono universalmente a 'tutti' gli esseri umani dotati di *status* di persona, o di cittadino o di persona capace di agire. Intendo per 'diritto soggettivo' qualunque aspettativa positiva (la prestazione) o negativa (la non lesione) vincolata a un soggetto da una norma giuridica, e per *status* la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità a essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che sono in esercizio (FERRAJOLI, 2011, p. 8).

Tuttavia, il modo come sopra è stato esposto il concetto di diritti fondamentali non fa sì che il tema sia esento da grandi discussioni e controversie, a cominciare dalla terminologia, giacché usati termini come "diritti naturali", "diritti inalienabili", "diritti civili", "diritti individuali", "diritti personali", tra altri. (SAMPAIO, 2010)

Sosteneva già Alexy, nella sua teoria dei diritti fondamentali, che su di essi

è possibile formulare teorie le più svariate. Teorie storiche, che spiegano lo sviluppo dei diritti fondamentali, teorie filosofiche, che s'impegnano a chiarire i loro fondamenti e teorie sociologiche, sulla funzione dei diritti fondamentali nel sistema sociale, sono soltanto tre esempi. Difficile che esista una disciplina nell'ambito delle scienze umane che, dalla sua prospettiva e con i suoi metodi, no sia in grado di contribuire alla discussione sui diritti fondamentali (ALEXY, 2014, p. 31.).

Si vede pertanto che lo spazio di discussione dei diritti fondamentali comprende una serie di studi che richiederebbero pagine e pagine di esposizione. Per questo, l'approccio, secondo il proposito del testo, rientrerà nell'esposizione dell'argomento nei testi costituzionali moderni, in modo da chiarire che i diritti fondamentali decorrono dall'affermazione delle libertà individuali e dalla dignità della persona umana di là della filosofia, oggi positivamente sulle costituzioni.

Nonostante siano i diritti fondamentali così intitolati perché si riferiscono ai diritti basici dell'uomo come persona, è importante distinguerli, come manifestazione positiva del diritto, con l'idoneità per produrre effetti sul piano giuridico, su quello dei diritti umani, questi ultimi situati "[...] in una dimensione sovra-positiva, deonticamente diversa da

quella in cui si situano le norme giuridiche – particolarmente quelle di diritto interno” (GUERRAFILHO, 1997, p. 12). In questo senso, nonostante possa esserci, per molti, identità semantica e di contenuto,

diritti fondamentali devono essere considerati come riconosciuti dallo Stato, nell'ordine interna, come necessari alla dignità della persona umana. Nonostante, quindi, diritti umani e diritti fondamentali abbiano definizioni basate sulla necessità del loro riconoscimento come modo di garantire la dignità della persona umana, essi differiscono nel senso che non sempre ci sarà coincidenza tra i due, poiché, oltre a essere frequente che, sul piano interno degli Stati, non tutti i Diritti umani consacrati sul piano internazionale siano riconosciuti, è frequente anche che alcuni diritti siano solo riconosciuti come fondamentali in uno o alcuni Stati (BRITO FILHO, 2008, p. 38).

Tale intendimento è comune a Borges, Mello e Oliveira (2010), secondo i quali la differenziazione tra diritti umani e diritti fondamentali risiede nella dimensione transnazionale dei primi e nazionale degli ultimi. Secondo gli autori, i diritti fondamentali presentano caratteristiche non accluse a realtà locali, mentre i “diritti fondamentali sono i diritti umani consacrati e positivati nella Costituzione di ciascun Paese, frutto dell'ideologia caratteristica di ciascun Stato Sovrano” (BORGES; MELLO; OLIVEIRA, 2010, p. 194).

Tutto ciò esposto, fu con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, documento approvato da 18 Stati, il 10 dicembre del 1948, nell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che i diritti della persona umana hanno acquisito dimensione transfrontaliera, poiché non più dedicati ai cittadini di questo o quello Stato, bensì a tutti gli esseri umani e che, ancora, è iniziato il processo di effettiva “positivazione” dei diritti umani, in quanto, nelle parole di Bobbio, essa

mette in moto un processo in cui finale i diritti dell'uomo dovranno essere non più solo proclamati o solo idealmente riconosciuti, però effettivamente protetti persino contro il proprio Stato che li abbia violati. Alla fine di questo processo, i diritti del cittadino si saranno trasformati, realmente, positivamente, in diritti dell'uomo. O, almeno, saranno i diritti del cittadino di quella città che non possiede frontiere, perché racchiude tutta l'umanità: o, in altre parole, saranno i diritti dell'uomo come diritti del cittadino del mondo (BOBBIO, 2004, p 19).

Da lì, passarono le Costituzioni Moderne, nel chiamato costituzionalismo contemporaneo, a dedicare capitoli specifici per l'effettiva affermazione dei diritti, non più ricercati dalle Lettere e documenti specifici a determinati cittadini, come la Magna Charta del 1215, come esempio del costituzionalismo medioevale, oppure, già in termini di costituzionalismo moderno, il Bill of Rights (1688), il Patto di Mayflower (New Plymouth, 1620), la Dichiarazione dei Diritti del Buon Popolo della Virginia e Indipendenza delle 13 Colonie (1776), la Costituzione Federale degli Stati Uniti d'America (firmata dall'ultima Colonia nel 1787) e documenti che spuntarono dopo la Rivoluzione Francese (1789), come la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1791.

Trattandosi di strumento di sistematizzazione regionale dei diritti umani, fu firmata, in Europa, il 4 novembre del 1950, da Ministri di quindici Paesi, riuniti a Roma, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che rappresentò un marchio per il Diritto e, inoltre, importante precedente nell'affermazione rispetto alla protezione e allo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale Convenzione, inizialmente, si limitò a tutelare diritti e libertà individuali classici e fu seguita da protocolli che fecero enunciare altri diritti, sociali, economici e culturali, decorrenti, soprattutto, dalla Carta Sociale celebrata a Torino il 18 di ottobre del 1961.

In termini nazionali, sono diversi i documenti costituzionali enunciatori di diritti fondamentali dell'uomo e che rivelano le caratteristiche del costituzionalismo contemporaneo nel senso della maggior affermazione dei diritti umani, compreso contro la propria autorità dello Stato.

La Costituzione Italiana del 1948, nel suo articolo 2°, enuncia, testualmente, il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come individuo isolatamente considerato, sia come essere sociale. Tuttavia, nonostante la redazione aperta dell'articolo che solleva dubbi sul suo carattere imperativo (comando di riconoscimento), permissivo o costitutivo (GUASTINI, 2009), sono elencati, negli articoli 13 a 28, come nella Costituzione tedesca del 1949, negli articoli 1 a 19, i diritti collegati alla libertà personale, alla libertà di circolazione e residenza, di riunione, di associazione, di espressione, di stampa e libertà religiosa, così come il diritto alla salute, al lavoro, all'educazione, all'invulnerabilità di domicilio e di corrispondenza.

In Francia, lo storico costituzionale è di "positivazione" di diritti fondamentali che influenzarono altre costituzioni moderne, tra cui quelli

che si riferiscono alla vita, alla libertà, all'uguaglianza e alla solidarietà; va rilevato che, sul preambolo della Costituzione del 1958, il

popolo francese rinnova il compromesso con i diritti umani e i principi della sovranità nazionale proclamati sulla Dichiarazione del 1789 e confermati e completati dal Preambolo della Costituzione del 1946 e i diritti e i doveri stabiliti nella Carta dell'Ambiente 2004. C'è, ancora, la consacrazione dei principi dell'autodeterminazione dei popoli e il compromesso sul piano internazionale con la libertà, uguaglianza, fraternità e con lo sviluppo democratico (PEIXINHO, 2016, online).

In Portogallo e in Spagna, nelle Costituzioni del 1976 e 1978 rispettivamente, il quadro di libertà previsto è ampio, e copre, oltre alle libertà tradizionalmente previste dalle costituzioni dei Paesi europei, la protezione dei dati personali, il diritto all'intimità personale e familiare e la protezione agli anziani e disabili.

Inoltre, in America Latina, ad esempio d'Europa, la sistematizzazione "regionalizzata" dei diritti fondamentali della persona fu inserita nella Convenzione Americana dei Diritti Umani, approvata il 22 novembre del 1969. Di messa a fuoco sulle garanzie giudiziali dell'uomo, la convenzione, conosciuta come Patto di San José di Costa Rica, contiene 82 articoli, costituendosi una delle Carte più estese rispetto alla previsione di diritti umani prevista nell'attualità.

In questo paradigma internazionale, il Brasile, che possiede una delle Costituzioni più avanzate del mondo rispetto alla materia, ha eletto, nella Costituzione Federale del 1988, la dignità umana come principio e parametro primordiale di tutto l'ordinamento giuridico.

Per quanto riguarda i diritti e garanzie fondamentali, il Titolo II della Carta del 1988 contempla dai diritti e garanzie fondamentali (capitolo I), ai diritti sociali (capitolo II) e politici (capitolo IV), in un'estesa lista di diritti che si dispiegano in altrettanti, in modo a rendere chiaro che i diritti fondamentali della persona umana sono stati motivo di grande preoccupazione da parte del costituente. Quest'ultimo, però, non gli ha dato carattere assoluto, a favore dei propri diritti fondamentali che potrebbero, in determinato caso, conferire l'apparenza di conflitto. In questo senso, il Tribunale Costituzionale Brasiliano, il Supremo Tribunale Federale, esaltò, in decisione che, da molto, riflette l'ermeneutica costituzionale sul tema e che continua essendo oggetto di riferimento in diverse decisioni

della Corte:

I diritti e garanzie individuali non hanno carattere assoluto. Non esistono, nel sistema costituzionale brasiliano, diritti o garanzie che si rivestano di carattere assoluto, anche perché ragioni di rilevante interesse pubblico o esigenze derivate dal principio di convivenza delle libertà legittimano, ancora che eccezionalmente, l'adozione, da parte degli organi statali, di misure restrittive delle prerogative individuali o collettive, purché rispettati i termini stabiliti dalla propria Costituzione. Lo statuto costituzionale delle libertà pubbliche, nel delineare il regime giuridico al quale esse sono soggette - permette che su di esse incidano limitazioni di ordine giuridico, destinate, da un lato, a proteggere l'integrità dell'interesse sociale e, dall'altro, ad assicurare la coesistenza armoniosa delle libertà, poiché nessun diritto o garanzia può essere esercitato a discapito dell'ordine pubblico, o irrispettoso nei confronti dei diritti e garanzie altrui" (MS 23.452, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.) Vide: HC 103.236, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-6-2010, Segunda Turma, DJE de 3-9-2010.

In Argentina, la prima parte della Costituzione del 1994, segmentata in due capitoli, si destina, nel primo, alle "dichiarazioni, diritti e garanzie". Vale evidenziare, rispetto all'oggetto di studio, che essa assicura, a quelli che abitano il suolo argentino, il diritto al lavoro e al commercio, il diritto di richiedere alle autorità di entrare, rimanere, transitare e uscire, così come la libertà di proprietà, di culto e il diritto all'intimità, oltre a quelli sociali, attinenti al lavoro e il diritto di associazione. A sua volta, il secondo capitolo, anche della prima parte della Costituzione, tratta i nuovi diritti, tra cui si evidenziano i diritti politici e il diritto all'ambiente sano, equilibrato, atto allo sviluppo umano, in modo che le attività produttive soddisfacciano alle necessità delle presenti generazioni, senza compromettere quelle future.

In generale, così come in Brasile e in Argentina, quello che si vede, soprattutto nelle costituzioni dei Paesi sudamericani, specialmente in Uruguay e Paraguay, è che l'enunciazione dei diritti e garanzie seguono le enumerazioni costanti nei trattati internazionali, in particolare rispetto alla protezione giudiziale dei diritti fondamentali con la forza di strumenti atti alla tutela dei diritti consacrati dalle Carte Nazionali.

Il fatto è, pertanto, che il campo di raggiungimento dei diritti umani nell'ordine costituzionale degli Stati sta crescendo molto, in modo

che, in qualunque delle loro generazioni o dimensioni¹, essi vengono considerati fondamentali dalle costituzioni, il che verrà sviluppato d'ora in poi in ragione della accezione di "ambiente" come diritto umano fondamentale.

2 DIRITTO ALL'AMBIENTE EQUILIBRATO COME DIRITTO UMANO FONDAMENTALE

È consueta l'accezione dottrina della terminologia dimensione o generazione di diritti umani, il che potrebbe sembrare, su un orientamento critico, che l'evoluzione delle generazioni dei diritti umani andrebbe a sostituire, nel processo evolutivo, le generazioni precedenti, come se, in verità, non ci fosse alcuna prospettiva di cumulazione o rafforzamento dei diritti umani, bensì una sua idea frammentata o atomizzata, come se, particolarmente, scadessero i diritti appartenenti alle generazioni precedenti. Tale prospettiva realistica e in linea con l'ingrandimento oggi regnante concernente all'affermazione dei diritti è esposta nel seguente modo da Antônio Augusto Cançado Trindade:

Il fenomeno che oggi testimoniamo non è quello di successione, ma prima, di un'espansione, cumulazione e rafforzamento dei diritti umani consacrati, consonante una visione necessariamente integrata di tutti i diritti umani. Le ragioni storico-ideologiche della compartimentalizzazione sono già sparite da molto. Oggi possiamo vedere con chiarezza che gli avanzamenti nelle libertà pubbliche in tanti Paesi negli ultimi anni devono necessariamente farsi accompagnare non di retrocesso — come sta occorrendo in innumerevoli Paesi — ma di avanzamenti paralleli nel dominio economico-sociale (TRINDADE, 1997, p. 390).

Fatta l'avvertenza, le dimensioni dei diritti umani ubbidirono a un'evoluzione storica che, primamente, si basarono sulla necessità dell'affermazione dei diritti individuali contro il potere assoluto dello Stato. Come frutto delle Rivoluzioni liberali francese e nordamericana, e affermati nei XVIII e XIX secoli, i diritti concernevano alle chiamate libertà individuali, che esigevano dallo Stato un'astensione e non una prestazione, possedendo, per questo, una connotazione negativa, a favore dell'uomo, il loro titolare. Si riferivano, basicamente, alla vita, alla libertà, compreso di espressione e di religione, alla partecipazione politica e alla proprietà.

¹ Motivo inaugurale dell'argomento seguente.

Con la Rivoluzione Industriale e le lotte sociali decorrenti delle trasformazioni economiche e sociali della fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo, si è segnalata una nuova era dimensionale nell'affermazione dei diritti umani di base sociale, come sanità e educazione, diritti economici, come il diritto all'alimentazione e al lavoro e previdenza, e culturali, consistenti nella partecipazione di tutti nelle ricchezze comunitarie. Come caratteristiche e di là dall'individualismo possessivo e del darwinismo sociale, tutti esigono dallo Stato il ruolo promotore di creazione ed effettuazione di questi diritti per mezzo dei servizi pubblici. Si tratta, quindi, delle chiamate libertà positive, evidenziate sulla Costituzione Messicana del 1917, sulla Costituzione di Weimar del 1929 e negli ideali della Rivoluzione Russa del 1918.

Con la rivoluzione tecno-scientifica e dei mezzi di comunicazione e trasporti, sono venute a galla, già alla fine del XX secolo, richieste dei chiamati diritti di titolarità collettiva o diffusa, non destinati, specificamente, alla protezione degli interessi individuali o di un determinato gruppo di persone. Consacrati dai principi della solidarietà e fraternità, sono quegli affetti allo sviluppo, all'ambiente, alla pace, alla cooperazione internazionale, tra altri collegati all'umanismo e all'universalità.

Tuttavia, di là dalla classificazione presentata da Karel Vasak (1982), nel 1979, all'Istituto Internazionale dei Diritti dell'Uomo a Strasburgo e perché il sistema dei diritti è dettato dalle ansie e necessità umane, si parla anche di diritti di quarta e quinta generazioni, essendo i primi rivolti, nella comprensione di Bobbio (2004), al patrimonio e ingegneria genetica, oltre a quelli rivolti alla vita sana e all'ambiente equilibrato (SAMPAIO, 2010). Quelli di quinta generazione, invece, nella visione di Tehrarian (2007), sarebbero quelli rivolti all'amore e alla pace.

Si osserva, dunque, che, coerente con quanto sopra e affermato sul piano della terza generazione o dimensione dei diritti umani, l'ambiente equilibrato è stato sviluppato, per la sua peculiarità di bene giuridico necessario alla vita permanente delle presenti e future generazioni, nell'ambito della quarta generazione di diritti, conformemente alla Carta della Terra o Dichiarazione di Rio del 1992, il che si è ripetuto sul Manifesto di Tenerife e in diversi Incontri e Convenzioni in tutto il mondo, e recentemente ampiamente discusso nell'ambito della COP21 realizzata a Parigi. Questo perché, come sostiene Sampaio (2010), il contenuto dei diritti ha conquistato diversità, tanto rispetto ai suoi titolari quanto rispetto alle nuove pretese tutelate, tra cui quelle

di proiezione solidariste, conosciute anche come diritti di fraternità o diritti collettivi, che richiedono un'azione congiunta di tutti i membri della società, sia nazionale, sia internazionale, come il diritto all'ambiente ecologicamente equilibrato, all'autodeterminazione, alla pace, allo sviluppo economico e sociale o alla giustizia distributiva internazionale, alla sovranità sulle risorse naturali, diritti alla biodiversità [...] (SAMPAIO, 2010, p. 228).

Tuttavia, è sicuro, come rileva Teixeira (2008), che l'ambiente sano come diritto della persona umana non era tra le preoccupazioni dell'uomo e della società all'epoca delle lotte che risultarono nella conquista dei diritti civili e politici più tardi dichiarati, nemmeno tra le acquisizioni dei diritti sociali ed economici in decorrenza dei movimenti sociali, essendo riconosciuto, fino alla metà del XX secolo, come semplice aggregato del diritto di proprietà. Comunque,

il ritmo accelerato e intenso delle investite antropiche contro i beni naturali, e la conseguente crescita spaventosa della devastazione ambientale, ha suscitato la percezione dei rischi e pericoli che tali interventi potrebbero cagionare all'ambiente, e, dunque, allo spazio indispensabile alla vita degna e salutare degli esseri umani, con il possibile pregiudizio delle generazioni future. [...] Questo ha fomentato l'ideale di difesa e protezione di tale diritto, che, essendo indispensabile all'uomo, ha meritato di essere innalzato al livello di diritto fondamentale (TEIXEIRA, 2008, p. 227).

Affermato, pertanto, come diritto umano, l'ambiente equilibrato ha meritato enfasi, di fronte all'importanza sopra indicata per la vita delle presenti e future generazioni, come diritto fondamentale costante nelle Carte Costituzionali di diversi Paesi.

In Brasile, l'articolo 225, della Costituzione Federale del 1988, tratta l'argomento nel seguente modo: "tutti hanno diritto all'ambiente ecologicamente equilibrato, bene di uso comune del popolo ed essenziale alla sana qualità di vita, imponendosi al Potere Pubblico e alla collettività il dovere di difenderlo e di preservarlo per le presenti e future generazioni". Si osserva, dunque, che la Costituzione ha consolidato l'ambiente equilibrato come diritto fondamentale (diritto di tutti costituzionalizzato), essendo imperioso evidenziare, addirittura per l'opponibilità del diritto agli aggressori, persona naturale o giuridica, pubblica o privata, che si tratta di un diritto di tutti e di ciascuno, essendo di ordine soggettivo, individuale,

e, allo stesso tempo, diffuso.

Dispone la Costituzione portoghese del 1976, nell'articolo 66, costante della Parte I, che tratta "Dei diritti e doveri fondamentali", che

1. Tutti hanno diritto a un ambiente di vita umano, sano ed ecologicamente equilibrato e il dovere di difenderlo.
2. Per assicurare il diritto all'ambiente, nell'ambito di uno sviluppo sostenibile, incombe allo Stato, per mezzo di organismi propri e con il coinvolgimento e la partecipazione dei cittadini: a) Prevenire e controllare l'inquinamento e i suoi effetti e le forme dannose di erosione; b) Ordinare e promuovere l'ordinamento del territorio, tenendo in vista un corretto luogo delle attività, un equilibrato sviluppo socio-economico e la valorizzazione del paesaggio; c) Creare e sviluppare riserve e parchi naturali e di ricreazione, così come classificare e proteggere paesaggi e siti, in modo a garantire la conservazione della natura e la preservazione dei valori culturali d'interesse storico o artistico; d) Promuovere l'uso razionale delle risorse naturali, salvaguardandone la capacità di rinnovazione e la stabilità ecologica, con rispetto al principio della solidarietà tra generazioni; e) Promuovere, in collaborazione con le autarchie locali, la qualità ambientale di villaggi e della vita urbana, designatamente sul piano architettonico e della protezione delle zone storiche; f) Promuovere l'integrazione di obiettivi ambientali nelle varie politiche di ambito settoriale; g) Promuovere l'educazione ambientale e il rispetto ai valori dell'ambiente; h) Assicurare che la politica fiscale renda compatibili lo sviluppo, la protezione dell'ambiente e la qualità di vita.

Esiste, dunque, in Portogallo, come in Brasile, la consacrazione costituzionale dell'ambiente come diritto fondamentale, e, per questo, Canotilho, a causa del peso prestatoci dal costituente, addirittura aggettiva la Costituzione portoghese come "Carta Verde" (2000, p. 227).

In Spagna, l'Ambiente è trattato, in sede Costituzionale, nell'articolo 45, che compone il "Título Primero", esattamente quello che versa su "Los Derechos y Deberes Fundamentales", e che rivela l'importanza attribuita all'Ambiente come diritto fondamentale. Questa è la redazione dell'articolo:

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.

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.

In Italia, sebbene non ci sia una previsione espressa nel senso di tutela dell'ambiente in sede costituzionale, esso è trattato, particolarmente nei confronti del diritto alla vita e alla salute, nell'ambito della Corte Costituzionale italiana, come diritto fondamentale. Come si estrae dal rapporto preparato in occasione dell'incontro della delegazione della Corte Costituzionale italiana con il Tribunale Costituzionale della Repubblica della Polonia, nel marzo del 2006, nella capitale polacca:

Nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale il diritto alla salute si estende inoltre fino a configurarsi, nel suo collegamento con l'art. 9 della Costituzione, anche come diritto a un ambiente salubre.

Il riconoscimento di un diritto soggettivo individuale all'ambiente, tutelato quale diritto fondamentale, muove da un concetto di 'salute' come situazione giuridica generale di benessere dell'individuo derivante anche, se non soprattutto, dal godimento di un ambiente salubre.

Secondo la corte, infatti "l'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita": 'la sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive e agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assume a valore primario ed assoluto" (sentenze n. 210 e n. 641 del 1987).

Il bene dell'ambiente come diritto fondamentale della persona (oltre che come interesse fondamentale della collettività) 'comprende la conservazione, la razionale gestione e il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue parti), l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale e in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni' (sentenza n. 210 del 1987). (2006, *online*).

In Francia, nel 2005, si è redatta la Carta dell'Ambiente (Codice Ambientale Francese) attraverso la Legge da n° 2005-205, che ha dichiarato l'Ambiente un diritto fondamentale e ha riportato, già sul preambolo, una

menzione che stava essendo incorporata alla Costituzione del 1958, in modo che l'ambiente ha cominciato a essere considerato diritto fondamentale costituzionale, nella stessa dimensione degli altrettanti diritti fondamentali che già ci si trovavano inseriti.

Si vede, quindi, che l'Ambiente, nella condizione di diritto umano di terza generazione e che si è sviluppato, per i fini di preservazione della vita nella e della terra, nella quarta generazione di diritti umani, si trova dichiarato come diritto fondamentale nello scenario Costituzionale di diversi Paesi. Anche quando non espressamente, com'è il caso dell'Italia, esso è trattato con *status* di "fondamentalità", in ragione della sua importanza per la sopravvivenza delle presenti e future generazioni. Poiché,

il diritto alla vita condiziona tutti gli altrettanti diritti, ma l'accesso a questo diritto di difesa è intimamente legato all'ambiente, che dev'essere protetto da seri rischi ambientali alla vita. L'ambiente dev'essere anche protetto come diritto di difesa della vita, anzi, come il luogo fondamentale dello sviluppo della personalità umana (COSTA, 2010, p. 117).

Sarà in questo contesto di diritto fondamentale e, pertanto, come bene giuridico di grande dimensione e importanza, che l'ambiente sarà trattato, d'ora in poi, come oggetto di tutela del diritto penale, venendo considerate, in sequenza, la relazione bene giuridico/Costituzione e, di seguito, le difficoltà e le sfide collegate alla sua protezione penale.

3 DIRITTO PENALE, BENE GIURIDICO E COSTITUZIONE

Come premessa del rapporto stabilito tra il diritto penale, il bene giuridico e la Costituzione, è necessario che sia stato fondamentato, primamente, che il diritto penale è retto dal principio dell'intervento minimo, ossia, dev'essere chiamato a intervenire unicamente quando si tratta del caso di offesa rilevante a bene giuridico che abbia dignità sufficiente per esserne tutelato.

In questo contesto, la rilevanza nell'elezione dei beni giuridici degni di tutela penale deve avere come riferimento quelli che la Costituzione dei diversi Paesi considera come beni fondamentali, anche perché i beni dotati di maggior importanza hanno, come regola, una base costituzionale. Non s'ignora che, tra le teorie contemporanee sul bene giuridico, c'è la teoria sociologica che identifica il contenuto del bene giuridico con

argomenti di dannosità sociale; tuttavia, le teorie costituzionali trattano giudizi di valore ai quali tutti i settori del diritto sono subordinati, cioè, quello del riconoscimento giuridico-costituzionale perché il bene sia dotato di un minimo sostegno di dignità giuridica.

Da Birnbaum, che, nel 1834, in contrapposizione a Feuerbach, il quale intendeva il delitto come una violazione al diritto soggettivo (1804)², si creò un concetto naturalista e pre-giuridico di bene giuridico, essendo derivato dalla natura o dalle necessità della vita sociale e che, per questo, vincolerebbe il legislatore a criminalizzare le condotte che lesionassero i beni come la vita, l'integrità, la libertà, la proprietà, *ecc.*, il concetto di bene giuridico, nel corso degli anni, fu oggetto di diverse formulazioni, notatamente rispetto alla definizione del suo contenuto e natura. Quello che la storia dimostra, tuttavia, è che l'evoluzione della teoria del bene giuridico-penale si riferisce ai criteri di definizione e delimitazione dei beni e valori che debbano essere oggetto di tutela per mezzo di sanzione criminale, ossia, il difficile equilibrio tra limitare l'ambito di attuazione penale – *ius puniendi* – e la protezione dei beni per mezzo del sanzionamento massimo statale.

Lo sviluppo delle teorie del bene giuridico ha portato, come detto e dalle concezioni sociologiche che identificavano la lesione al bene giuridico con l'idea di dannosità sociale, alle teorie costituzionali, che inferiscono il concetto di bene giuridico-penale dalla Costituzione. Il contenuto materiale del delitto si trova tracciato dall'ordine costituzionale, basato sui valori sociali e principi fondamentali alla dignità e alla libertà dell'individuo e della società.

Il legislatore penale ordinario considera la costituzione come una fonte di beni giuridici-penali e ci trova i limiti per la selezione di quello che è meritevole di tutela penale, valendosi, pertanto, dei principi penali-costituzionali quali la dignità umana, la legalità, l'intervento minimo, la frammentarietà, la colpeabilità, l'individualizzazione della pena, l'offesa, tra altri, estraendosi, quindi, dalla base costituzionale, l'importanza dell'adeguata selezione dei beni giuridici con dignità tale da essere oggetto di tutela penale³.

² In questo senso, la critica di Birnbaum a Feuerbach secondo il quale la concezione di quest'ultimo non trasmetteva, infatti, attraverso la sua teoria, qual era l'oggetto di lesione criminalizzato dallo Stato.

³ Da ciò la ragione per cui il bene giuridico è tanto importante alla propria dogmatica penale, potendosi riassumere le sue più diverse funzioni dalla dottrina di Nilo Batista: "IL bene giuridico compie, nel diritto penale, cinque funzioni: 1ª assiomatica (indicatrice delle valutazioni che hanno presieduto la selezione del legislatore); 2ª sistematico-classificatoria (come importante principio che fundamenta la costruzione di un sistema per la scienza del diritto penale e come il più notevole criterio per il raggrup-

Essendo così, non tutto quello che costituzionalmente si trova consacrato dovrà essere, per forza, oggetto di tutela dal diritto penale, ma soltanto quello che il legislatore, dinanzi alle ansie sociali, ne eleggerà come degno, in ragione della sua maggior importanza. In fin dei conti, come adduce Fernandes,

[...] la Costituzione, come *norma mater*, proporziona un quadro da tener ovviamente conto nella definizione e selezione di quel catalogo di beni (necessariamente *frammentario*, una volta che non tutti i beni giuridici sono protetti) sui quali il diritto penale dovrà estendere il suo mantello protettore, innalzandoli alla categoria dei beni giuridici-penalmente rilevanti (FERNANDES, 2001, p. 83).

Sebbene non sia al sicuro dalle critiche, nell'accezione di garantita dottrina, la comprensione dei beni giuridicamente tutelati coinvolge quelli descritti da

presupposti indispensabili a una pacifica e libera convivenza dentro lo Stato, in cui i diritti fondamentali siano rispettati. Beni giuridici sono, quindi, la vita, l'integrità fisica, la libertà personale, l'autodeterminazione sessuale, ma anche, per esempio, il corretto funzionamento della giustizia o la protezione contro la contraffazione di valuta. Perché una vita sociale, libera e sicura, dipende dal fatto che questi (e molti altri) beni siano protetti contro i danni provenienti da attacchi altrui. L'inverso di questa concezione è quella dove condotte che solo contrastano la morale destinate (come, per esempio, azioni contrarie al buon costume che persone adulte portano a termine con il consenso reciproco), così come azioni di autolesione e la cooperazione con loro non possono essere penalizzate senza altri motivi, poiché dove tutti sono d'accordo nessuno risulta lesionato, e la convivenza umana non è danneggiata. Per questo sono anche inammissibili la protezione di semplici tabù e i precetti penali 'simbolici' bisognosi di un concreto effetto di protezione giuridica (ROXIN, 2013, p. 290)

pamento di crimini, adottato dal nostro codice penale); 3^a esegetica (ancora che non circoscritto a essa, è innegabile che il bene giuridico, come ha detto Anibal Bruno, è 'l'elemento centrale del precetto, costituendosi importante strumento metodologico nell'interpretazione delle norme giuridico-penali); 4^a, dogmatica (in innumerevoli momenti, il bene giuridico si offre come un tappo epistemologico per la teoria del crimine: si pensi ai concetti di risultato, tentativo, danno/pericolo, ecc.); 5^a critica (l'indicazione dei beni giuridici permette, di là delle generalizzazioni legali, di verificare le concrete possibilità e finalità del legislatore, creando, le parole di Bustos, opportunità per 'la partecipazione critica dei cittadini nella loro fissazione e controllo')". (BATISTA, 2004, p. 96-97).

L'edito costituzionale dei diritti umani è una costante nel chiamato costituzionalismo contemporaneo che, per questo, sta "positivando" i diritti più cari alla persona umana come diritti fondamentali. Di lì si poter dire, senza alcuna esagerazione, che le posizioni giuridiche che reggono la vita del cittadino si trovano stampate sulla Costituzione.

In questo scenario, l'avvicinamento del diritto penale alla Costituzione è evidente, poiché essendo il mezzo più aggressivo di pacificazione sociale, perché capace persino di togliere la libertà delle persone, è soggetto alle regole limitatrici del potere statale, che si trovano incartate nelle Costituzioni.

Pertanto, non è possibile concepire che il diritto penale possa, con la sua aggressività, proteggere i beni giuridici che non siano all'altezza della sanzione che possa essere applicata, essendo pertanto pertinente considerare che i beni tutelati dal diritto penale debbano, in maniera diretta o indiretta, trovare sostegno sulla propria Costituzione.

Questa è la ragione per cui Palazzo sostiene che il diritto penale "potrebbe munire legittimamente di tutela solo i beni costituzionalmente rilevanti, mentre per tutti gli altri il legislatore dovrebbe invece utilizzare strumenti di tutela extra-penale, amministrativa o civile, ecc." (PALAZZO, 2008, p. 70). Non che tale accezione sia al sicuro dalle critiche centrate sull'idea che il bene giuridico, in un senso stretto e chiuso, potrebbe dettare le regole di quello che deve o no essere criminalizzato, oppure che dovrebbe vincolare il legislatore penale unicamente a causa della sua natura⁴. Tuttavia, il bene giuridico rappresenta, almeno nel caso concreto, "[...] il modello critico con il quale si deve verificare la legittimità della funzione del diritto penale [...]" (BECHARA, 2009, p. 4).

Come segmento del diritto, il diritto penale, come anche il diritto civile, il diritto commerciale, il diritto del lavoro, insomma, mira a garantire l'armonica convivenza degli esseri in società⁵. Se il diritto in un senso ampio mira a prevenire oppure a sopprimere i conflitti apparsi tra gli individui che compongono il corpo sociale, ciascuno dei suoi segmenti non cessa di possedere tale connotazione. È necessario stabilirsi, allora, il

4 Intendimento questo che riceve feroce critica da Baratta (1994, p. 10), secondo il quale la frammentazione delle aree di tutela in ciascuna sfera (civile, penale, ecc.) non dipende unicamente dalla natura dei beni, ma anche dalle situazioni che li danneggiano.

5 In questo senso, evidenzia Paulo Queiroz: "la funzione del diritto penale è qualcosa molto meno ambiziosa: consentire la convivenza sociale per mezzo dell'ordinazione pacifica dei conflitti. Come segnala WELZEL, non è funzione dello Stato intervenire nella realizzazione della giustizia indipendentemente dal fatto che sia necessario per la propria esistenza come comunità giuridica, una volta che lo Stato non punisce perché esista la giustizia nel mondo, ma perché ci sia giuridicità nella vita della comunità" (QUEIROZ, 2008, p. 28-29).

carattere differenziatore del diritto penale, che capita in ragione della sua natura sanzionatrice, per mezzo della sanzione penale.

Jescheck (1981), attento a questo carattere sanzionatore del diritto penale, chiarisce che esso compie una funzione protettiva della società. Evidenzia, inoltre, che il diritto penale realizza la sua missione mediante funzioni repressive, nel punire infrazioni già compiute per mezzo della pena, e preventive, nello stabilire, seguendo una concezione di prevenzione speciale che adotta, che la pena debba contribuire al rafforzamento, nella persona del condannato, del rispetto al diritto (JESCHECK, 1981, p. 4-5).

In questo contesto, enfatizza, denotando l'importanza del diritto penale e del suo compito regolatore, che “el Derecho Penal asegura la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coacción estatal” (1981, p. 4). Non si ferma qui, però: più avanti, dispone che il diritto penale mira a proteggere i beni imprescindibili per la vita in società e che, quando sono incorporati all'ordine giuridico, si trasformano in beni giuridici che si sottomettono, se sono di alta importanza, — derivandone il carattere frammentario del diritto penale — alla protezione penale (1981, p. 9-11).

In linea con l'idea che il diritto penale si presta, realmente, alla protezione dei beni giuridici, evidenzia Assis Toledo:

Il compito immediato del diritto penale è, pertanto, di natura eminentemente giuridica e, come tale, si riassume alla protezione di beni giuridici. Ci è impegnato, in effetti, tutto l'ordinamento giuridico. E qui s'intravede il carattere sussidiario dell'ordinamento penale; dove la protezione di altri rami del diritto possa essere assente, fallire o rivelarsi insufficiente, se la lesione o esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato presenta una certa gravità, fino a qui si deve estendere il manto della protezione penale, come *ultima ratio regum*. Non oltre a questo.(TOLEDO, 1994, p. 13-14).⁶

Si osserva, dunque, che la protezione al bene giuridico è, predominantemente, il campo scelto dai dottrinari per lavorare l'idea della funzione del diritto penale.⁷ In verità, il diritto penale è eminentemente

⁶ Nella stessa opera, sulle pagine 6 e 7, l'autore cita la posizione di Bettiol sulla missione del diritto penale – tutela di beni, valori e interessi –, le posizioni di Engisch e Welzel – protezione dei valori etico-sociali –, quella di Wessels – protezione dei valori elementari della vita comunitaria e mantenimento della pace sociale –, e quella di Jescheck.

⁷ Bacigalupo (2005) illustra che, classicamente, la funzione del diritto penale si suddivide in due linee di pensiero: “[...] da un lato, si sostiene che il diritto penale ha una funzione metafisica, consistente nella realizzazione della giustizia; dall'altro, che il diritto penale ha una funzione sociale, caratterizzata dalla prevenzione del delitto al fine di proteggere certi interessi sociali riconosciuti dal diritto positivo (beni giuridici)”. (BACIGALUPO, 2005, p. 21)

tipico e, essendo prodotto della valutazione del corpo sociale, traduce, nel processo di formazione del tipo, gli aspiri di una società in un determinato tempo e luogo. Da ciò spunta, primamente, che il diritto penale si rivela, dal suo carattere sanzionatore, una garanzia di preservazione ai beni che mira a proteggere e anche un ordinatore dei rapporti sociali umani.

Prevale, quindi, nella dottrina, l'intendimento che il diritto penale ha come missione la tutela dei beni giuridici che orbitano nella Costituzione⁸, sia perché ci si deve trovare un riferimento valutativo adeguato per cercare quello che si deve criminalizzare, sia perché l'interprete deve tenere in vista che non si può chiamare crimine quello che riguarda fatti che, anche se dotati di apparente tipicità, configurino il proprio esercizio dei diritti fondamentali. Da qui il riferimento limitativo e garante del bene giuridico, anche perché, secondo Hassemer,

la prohibición de una conducta mediante la amenaza penal cuando no se pueda invocar un bien jurídico sería terror estatal. No sería otra cosa que una injerencia en la libertad de acción del individuo, respecto de la cual el Estado que produce la injerencia no puede decir con que fin realiza esta injerencia. Este 'fin' es el punto que tradicionalmente aporta el concepto de bien jurídico. La injerencia en la libertad de acción no tendría un objeto legitimante del que pudiera derivarse su sentido.

En esa medida, la cuestión relativa a si pueden existir hechos punibles que no se refieran al padecimiento de un bien jurídico penal, es retórica. Pues el bien jurídico es el fundamento necesario y constitucional tanto para la concepción de un deber de protección como para la determinación de una barrera a la injerencia y su ponderación en lo particular (HASSEMER, 2005, p. 74).

La selezione, pertanto, di un bene giuridico-penale significa una valutazione positiva su un determinato bene o valore, un riconoscimento della sua rilevanza per l'essere umano e per la società. Poiché “la concettualizzazione materiale di bene giuridico implica il riconoscimento che il legislatore innalza alla categoria di bene giuridico, il che, nella realtà sociale, si mostra già come un valore. [...] Non crea i valori cui si riferisce, ma si limita a proclamarli [...]” (PRADO, 2013, p. 98).

In questo modo, il primo giudizio valutativo sul bene giuridico è realizzato dal costituente che, secondo la realtà sociale, orienta il secondo

⁸ Sebbene molti siano gli intendimenti contrari, nel senso che la nozione di bene giuridico è pre-costituzionale e, per questo, “secondo la Costituzione, le norme penali non sono soggette ad alcuna esigenza che si possa derivare dalla teoria del bene giuridico in materia penale”. (BURCHARD, 2013, p. 35)

filtro del legislatore penale ordinario, arrivandosi al bene giuridico-penale.

È il motivo per cui, di fronte al paradigma costituzionale e delle sistemate richieste sociali della società contemporanea, il bene giuridico-penale può essere di ordine individuale o trans-individuale, di titolarità diffusa, carattere collettivo, e che raggiunge tutti i membri della collettività in modo indistinto.

In tempi moderni, la “complessificazione” sociale della società ingrandisce i beni giuridici meta-individuali, il che causa il sorgimento di beni giuridico-penali trans-individuali, i quali, secondo Luís Greco, “facilitano la vita del legislatore” (2012, p. 351), giacché “[...] giustificano incriminazioni e marchi penali che non sarebbero *prima facie* giustificabili se avessimo soltanto il bene giuridico individuale” (2012, p. 352-353).

Come osserva Hassemer:

Il complesso di responsabilizzazione così ideato, densificato e percepito, così come l’interesse della “società di rischio” nella minimizzazione dell’insicurezza e nel comando globale di processi complessi hanno raggiunto non solo la Politica criminale come anche la teoria del Diritto Penale e la teoria del bene giuridico (HASSEMER, 2008, p. 226).

Il bene giuridico-penale collettivo è accettato dalla dottrina per mezzo della teoria personale del bene giuridico, che lo considera legittimo a condizione che abbia come riferimento l’individuo. Tale teoria può essere concepita su due accezioni: una radicale, sostenuta soprattutto da Zaffaroni e Ferrajoli, e altra moderata, difesa principalmente da Hassemer (GRECO, 2012).

Secondo la teoria personalista radicale, il bene giuridico collettivo sarà penalmente legittimo solo se avrà come riferimento *diretto* l’individuo, a partir dal contatto con interessi o diritti delle persone, il che, in un certo modo, possiede un’inclinazione alla divisibilità del bene collettivo.

La posizione personalista moderata, invece, intende anche che il bene giuridico –penale collettivo debba avere una relazione con l’individuo, ma in maniera *indiretta*, ossia, non è passibile di ripartizione per imputazione agli individui (GRECO, 2012).

Tuttavia, il fatto è che tali teorie, alla fine, limitano la dignità del bene giuridico trans-individuale, realtà che oggi non può essere ignorata. Poiché, nelle parole del cattedratico di Coimbra, tali tesi sembrano

incompatibili

con il riconoscimento di veri beni giuridici collettivi. Essi devono essere prima accettati, senza tergiversazioni, come autentici beni giuridici universali, trans-personali o sovra-individuali. Che anche questa categoria di beni giuridici possa ricondursi, in ultimo termine, a interessi legittimi della persona, ecco quello che non sarà lecito contestare. Il carattere sovra-individuale del bene giuridico non esclude di certo l'esistenza d'interessi individuali che ci convergono: se tutti i membri della comunità si vedono danneggiati da condotte potenzialmente distruttive della vita, ognuno di loro non smette individualmente di esserlo anche e di avere un interesse legittimo nella preservazione delle condizioni vitali. (DIAS, 2003, p. 52).

All'ambiente, trattato come bene giuridico trans-individuale, è che saranno dedicate le linee seguenti, in cui ne saranno analizzate le peculiarità della tutela penale come reclamo della società moderna e, perché non dire, anche come desiderio costituzionale dei Paesi moderni.

4 LA TUTELA PENALE DELL'AMBIENTE

La questione della tutela dell'ambiente, prima ancora di qualsiasi considerazione dogmatica sul modo come realizzarla, si riferisce alla propria vita degli esseri. Questo perché, come evidenzia Figueiredo Dias (2003), "in questione è la propria sussistenza della vita nel pianeta ed è necessario, se vogliamo offrire una chance ragionevole alle generazioni che verranno, che l'umanità diventi un soggetto comune della responsabilità per la vita" (DIAS, 2003, p. 46). Si tratta, dunque, di un bene la cui tutela diffusa è rivendicata da tutti, ma anche da ciascuno, anche perché l'essenzialità dell'ambiente per la vita è, infatti, una necessità individuale, la cui peculiarità della tutela è rivendicata anche come un diritto, o garanzia alla propria sopravvivenza, di ognuno.

D'ora in poi saranno intrecciate considerazioni sull'ambiente come bene giuridico di rilevanza penale e le peculiarità della tutela in questo ramo del diritto.

4.1 Il bene giuridico-penale ambiente

Con riferimento alla società contemporanea, Bauman rivela che, oggi,

il terreno sul quale si presume che le nostre aspettative di vita si basino è riconosciutamente instabile – come sono i nostri posti di lavoro e le imprese che li offrono, i nostri partner e le nostre reti di amicizia, la posizione che godiamo nella società più ampia e l'autonomia e l'autosufficienza che accompagnano. Il progresso che è già stato la manifestazione estrema dell'ottimismo radicale e una promessa di felicità universalmente condivisa e permanente, si è allontanata totalmente verso il polo opposto, distopico e fatalista dell'anticipazione: esso adesso rappresenta la minaccia di un cambiamento inesorabile e ineludibile che, invece di augurare la pace e la tranquillità, annunciano soltanto la crisi e la tensione e impedisce che ci sia un momento di riposo (BAUMAN, 2007, p.16).

Si evidenzia che l'incertezza e la volatilità non solo del capitale, ma dei propri rapporti tra gli esseri, è una caratteristica oggi marcante della società. Non si vuole dire qui che la vita, in passato, producesse, per sé, la sicurezza degli esseri rispetto al rischio del destino; il che si vede oggi, tuttavia, è un grande accorciamento, un maggiore stringimento del contatto dell'uomo con i rischi imposti dal nuovo modo di vita globalizzato, il che mette alla prova la propria vita umana.

Così, le sfumature della vita moderna, o postmoderna, sono richieste che s'impongono agli Stati come atte a essere regolate in vista del proprio mantenimento della pacificazione sociale, il che non può scappare dal campo di azione delle nuove politiche criminali, anche se si riconosce che il granaio di produzione delle norme penali ha tenuto tradizionalmente in conto il paradigma antropocentrico, eminentemente individualista.

La tutela dei beni giuridici più cari alla società, base sulla quale si difende il minimo intervento del diritto penale, è, per eccellenza, il punto di partenza per la comprensione di quello che deve o no essere oggetto di tutela di questo ramo del diritto. Ed è in questo contesto d'importanza del bene da tutelare che non può essere ignorato un qualsiasi ruolo al diritto penale nelle questioni concernenti alla propria sussistenza della vita planetario, il che giustifica anche il fatto che i beni, per eccellenza indispensabili alla sussistenza del proprio uomo, restino fuori dal campo di azione del diritto penale.

Su questa prospettiva, l'ambiente, in ragione della sua indispensabilità per la sopravvivenza delle presenti e future generazioni, sorge non solo come un bene la cui tutela è rivendicata dal diritto nel suo complesso, ma anche dal diritto penale in particolare.

La predisposizione del bene giuridico-penale si trova direttamente legata al suo valore sociale-costituzionale. Siccome il diritto penale protegge i beni giuridici più cari alla società contro le forme più gravi di lesione o minaccia di lesione, s'intende, come regola, e come già evidenziato nell'argomento precedente, che la garitta costituzionale di questi beni giuridici è imperativa, il che, nell'ambito delle costituzioni moderne, sta ricevendo grande attenzione dai più diversi Paesi, anche riguardo al mandato di criminalizzazione.

In Brasile, la Costituzione Federale del 1988 ha stabilito il mandato di criminalizzazione riguardante l'ambiente nel §3° dell'art. 225:

Art. 225. Tutti hanno diritto all'ambiente ecologicamente equilibrato, bene di utilizzo comune del popolo ed essenziale alla sana qualità di vita, imponendosi al Potere Pubblico e alla collettività il dovere di difenderlo e di preservarlo per le presenti e future generazioni.

[...]

§ 3° - Le condotte e attività considerate lesive all'ambiente sottoporranno i trasgressori, persone fisiche o giuridiche, a **sanzioni penali** e amministrative, indipendentemente dall'obbligo di riparare i danni causati (grassetto dell'autore).

Come stabilito nel secondo argomento, Portogallo, Spagna, Francia e Italia, sia in ambito costituzionale, sia per il riconoscimento delle Corti Supreme, ritengono ugualmente l'Ambiente diritto fondamentale, degno, pertanto, anche dalla sua importanza per la propria vita, delle più svariate fonti di tutela, tra le quali la penale.

In questo senso, l'affermazione del diritto all'ambiente come diritto umano fondamentale suona come voce corrente internazionale, meritando, anche se le scienze penali stiano trattando, sotto l'inclinazione dei diritti individuali, la sua dogmatica secolare, una preoccupazione del legislatore rispetto alla confezione di tipi penali incriminatori e di pene più adeguate alla caratteristica diffusa del bene tutelato.

Si evidenzia, però, che la difficoltà nell'accettarsi che il bene giuridico diffuso possa essere oggetto di tutela penale non si riferisce alla sua ammissione come oggetto materiale della condotta umana. Anzi, a questo proposito, gran parte dei codici penali mondiali del secolo passato riportavano già, ad esempio, i crimini di incendio e di epidemia come infrazioni penali di protezione alla società e degli interessi trans-individuali

⁹. L'idea che un'autoregolazione possa poi risolvere le questioni affette alla post-modernità è tema superato, anche perché significherebbe chiedere "al mercato – in verità, il più autentico produttore di difficoltà e mancanza di speranza della società tecnica industriale – il rimedio per la malattia che lo stesso ha inoculato" (DIAS, 2003, p. 47), "il che porterebbe alla rinuncia di un modello di vita che ha fatto del consumo il proprio motore e dell'aumento della produzione l'orientatore di quasi tutta la conoscenza" (DIAS, 2003, p. 47).

La grande questione si riferisce al fatto che la magnitudine del bene giuridico diffuso reclama azioni prognostiche e non retrospettive, il che significa dire che il diritto penale deve rinunciare all'idea di lesività come un principio basilare che reclama danno effettivo – e, così, passato – al bene giuridico tutelato. Questa la sfida da superare, una volta che, per tradizione, il diritto penale risale al passato, il che ha portato Cornelius Prittwitz a sostenere, nel Congresso sulla Globalizzazione, Rischio e Ambiente, realizzato a Granada, Spagna, che "il Diritto Penale è l'unico ramo del Diritto che non conosce sentenze direzionate esplicitamente al futuro" (2013, p. 63). Comunque, come sostiene Figueiredo Dias, tocca alla dogmatica penale adattarsi al nuovo della vita, e non l'incontrario. Ormai,

Non ci sarà più luogo per un pensiero che, come il gufo, spicca il volo solo al crepuscolo, che lascia che le cose succedano per solo dopo cercare di porci rimedio e il cui intervento è, essenzialmente, retrospettivo e non prospettivo, conservatore e non propulsivo, annichilante e non protettore delle vittime del sistema, che siamo tutti noi (DIAS, 2003, p. 47).

Non si tratta, però, di compito semplice, giacché la tradizione individualista di tutela del bene giuridico ingessa la dogmatica penale in tal modo da contemplare la responsabilità penale soggettiva come quella che, senza eccezioni, dev'essere adottata dal diritto penale. È necessario, tuttavia, non ignorare che l'uomo è un essere sociale e che la viabilità, tanto quanto il più possibile, dei sistemi di protezione collettiva di fronte alle esigenze post-moderne di vita in una società globalizzata orienta la necessità di una nuova politica criminale.

La tutela penale dei beni giuridici di natura diffusa riguarda,

⁹ Nel caso brasiliano, dal decennio 40 dello scorso secolo, il Codice Penale riportava già le figure dell'incendio (articolo 250) ed epidemia (articolo 267) come esempio dei chiamati crimini contro l'incolumità pubblica.

quindi, la propria vita del diritto penale, che possiede, come ramo del diritto che è, una funzione precipua di pacificazione sociale in una società che vede, sempre di più, l'esistenza di conflitti coinvolgendo beni giuridici collettivi e diffusi, come quelli che implicano l'aggressione all'ambiente.

Essendo così, non è dato al diritto penale il privilegio di ignorare l'esistenza di nuovi beni giuridici che, in maniera frammentaria e sussidiaria devono essere oggetto di tutela penale. Da ciò potersi persino sostenere che nuovi interessi, nel seguente modo considerati da Sánchez (2011), conducono a una nuova politica criminale che deve dar luogo alla tutela dei beni giuridici collettivi. Poiché,

el derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya la aparición de nuevos bienes jurídicos – de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes -, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal. Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían – o no con la misma incidencia -, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas (SÁNCHEZ, 2011, p. 11).

Se, ad esempio, l'ambiente, come bene giuridico diffuso il cui equilibrio è oggi reclamato come condizione della propria sopravvivenza umana, delle presenti e future generazioni, non potesse essere tutelato dal diritto penale, come sarebbe possibile sostenere che esso, essendo ramo del diritto, fosse strumento di pacificazione sociale e, più particolarmente, di difesa dei beni giuridici più importanti per la società?

Non c'è dubbio, pertanto, che, in ragione della sua suprema importanza, l'ambiente dev'essere oggetto di tutela dal diritto penale come diritto diffuso e che riguarda anche l'uomo come persona. Questa è la nota dominante, come si dice, negli ordinamenti dei più svariati Paesi. Tuttavia, se la tutela ambientale dev'essere trattata dal diritto penale, la difficoltà maggiore è stabilire la forma per la quale essa dovrà essere fatta perché i risultati siano effettivi e giustificati.

4.2 La tutela penale: peculiarità e prospettive

Il diritto penale, come disciplina consacratrice della responsabilità soggettiva e ripiena di principi e regole che consacrano una dogmatica secolare, affronta, nella modernità, sfide provenienti da stimoli sociali imprecisi e oscillanti, i quali si propagano in movimenti razionali e discontinui. La “giuridizzazione” del fenomeno ecologico, così come l’esaltazione dei beni giuridici di natura diffusa progetta questo spettro indeterminato sul Diritto Penale, che deve rispondere alle richieste sociali attraverso un sistema punitivo sicuro, delimitato da garanzie materiali e processuali precise.

La Matematica, scienza-matrice della civilizzazione, tratta l’incertezza come fenomeno atavico, cioè, di carattere naturale, innato alla percezione umana. Aristotele, citando Zenone, strutturava già la premessa che “se le cose sono molte, le cose esistenti sono infinite, poiché ci sono sempre cose tra le cose esistenti e, nuovamente, altre cose tra quest’altre. Essendo così, le cose esistenti sono infinite ” (CARVALHO, 2010, p. 59-60).

Dalla nozione d’“infinità”, si deduce l’imprecisione della percezione umana, punto che fonda la fallibilità. L’impegno sociale nel normalizzare è naturalmente attaccato a quello di cui si ha coscienza. Da questa constatazione, s’inferisce che si può reggere giuridicamente solo quello che si conosce, anche se da questa conoscenza deriva l’ignoranza o lo stesso “non sapere” .

È la ragione dello sconoscimento, delle prospettive della chiamata punizione *ex ante*, della peculiarità del bene giuridico diffuso al fine del raggiungimento della responsabilità penale del nemico dell’ambiente e della confezione stessa della norma penale, che nutrono le sfide intraprese al legislatore al fine di garantire la tutela di un bene giuridico che, allo stesso tempo, è diffuso e individuale.

Il diritto penale, di secolare tradizione individualista, si vede nel compito di direzionare il suo campo di attuazione per la protezione dei beni giuridici che vanno oltre la persona umana, nonostante ci siano direttamente legati.

Da ciò decorre una serie di conseguenze, come se non bastassero le difficoltà già tradizionali della dogmatica penale tradizionale-secolare, e che riguardano la trasformazione stessa dei tipi penali in tipi “amministrativi”, con grande incidenza di elementari che risalgono al

diritto amministrativo, esattamente perché esigono, nei comandi normativi più aperti (norme penali in bianco), disciplina alloggiata in altri diplomi normativi, provenienti o no dal Potere Legislativo. Non è, però, solo questo, poiché la natura del diritto in esame non ammette che il danno avvenga perché il diritto penale sia soltanto e semplicemente retrospettivo, poiché qui importa la tutela effettiva dell'ambiente e che è in contrasto col danno come presupposto di tutela. Da ciò la non occorrenza di delitti che hanno un legame tra la condotta e l'offesa al bene giuridico relativamente debole, ma che diventano imperiosi perché il diritto, e soprattutto quello penale, abbia posto e voce nella difesa di una società che anche pensare e ci prospetticamente.

Dall'altra parte, non si possono ignorare le difficoltà naturali concernenti alla responsabilità penale della persona giuridica, esattamente quella che più minaccia o danneggia l'ambiente, che però, alla luce della risposta penale propriamente detta, non può vedere limitata la sua libertà, e che, per molti, non possiede, dalla sua natura unicamente giuridica, capacità di responsabilità soggettiva giacché non emette volontà di per sé, e neanche la capacità di colpevolezza.

Per quanto riguarda la norma penale atta alla tutela dell'ambiente, la grande richiesta per l'intervento penale, marcatamente alla luce di quella caratterizzata da Sánchez come società di oggettiva insicurezza (2011, p. 37)¹⁰, rivela, alla fine, nel modo della legge, una certa fuga dalla secolare caratteristica di tassatività e una conseguente maggiore permissività nella confezione di norme dai contenuti proibitivi più aperti, soggetti alla accessorietà amministrativa evidenziata dinanzi al carattere diffuso del bene giuridico tutelato. La maggior richiesta al diritto penale proporziona, alla fine, un movimento espansionista che, in Spagna, è avvenuto nel 1995 e che è stato oggetto delle seguenti considerazioni di autori iberici:

Tale espansione è di certo una caratteristica innegabile del Codice Penale spagnolo del 1995, e la valutazione positiva che importanti settori dottrinari stanno realizzando dello stesso lascia patente come la topica fuga (selettiva) verso il Diritto Penale non sia soltanto un problema di legislatori superficiali e frivoli, ma che comincia ad

10 "La società post-industriale è non solo una 'società di rischio' tecnologico, ma una società con altre caratteristiche individualizzanti che contribuiscono alla sua caratterizzazione come società di 'obiettiva' insicurezza. Innanzitutto, si deve precisare che l'impiego dei mezzi tecnici, la commercializzazione di prodotti o l'utilizzo di sostanze i cui possibili effetti nocivi sono ancora sconosciuti e, in ultima analisi, si manifesteranno anni dopo la realizzazione della condotta, introducono un importante fattore d'incertezza nella vita sociale. Il cittadino anonimo dice: 'Ci stanno uccidendo, ma non riusciamo ancora a sapere con certezza né chi, né come, o a quale ritmo' ". (SÁNCHEZ, 2011, p. 37).

avere una copertura ideologica della quale aveva bisogno fino a poco tempo fa. In ogni caso, il legislatore del 1995, in effetti, non ha potuto sottrarsi neanche a un riconoscimento espresso – anche se parziale – da questo fenomeno, nell’alludere, sull’Esposizione dei Motivi del testo legale, all’esistenza di una ‘antinomia tra il principio dell’intervento minimo e le crescenti necessità di tutela in una società sempre più complessa’, antinomia che si risolverebbe nel testo, secondo il proprio legislatore, ‘dando prudente accoglienza a nuove forme di delinquenza, ma eliminando, allo stesso tempo, figure di delitto che hanno perso la loro finalità’ (SÁNCHEZ, 2011, p. 28).

In Italia, nonostante l’esistenza di sovrabbondanza di disposizioni concernenti l’ambiente, nel campo penale, si ha:

Il tema dell’ambiente e della sua tutela, a lungo ignorato dalla dottrina penalistica, soltanto negli ultimi decenni è stato affrontato con la meritata attenzione che ha finalmente permesso l’individuazione di una nozione di riferimento, e del più corretto modello d’incriminazione da utilizzare in sede penale. Nella legislazione italiana, la tutela penale dell’ambiente non ha mai trovato una sistemazione sistematica di riferimento, esistendo una serie indeterminata di norme inserite in leggi speciali, ciascuna volta a reprimere fenomeni di aggressione degli elementi essenziali dell’ambiente, quali ad esempio l’acqua, l’aria, il suolo, il sottosuolo e il paesaggio: ancora più ardua diventa la ricerca, se si mira a individuare una norma che si occupi espressamente della tutela dell’ambiente nella sua genericità e unità. (COLOMBINO, 2012, *online*).

E ancora:

Nel diritto penale dell’ambiente in vigore in Italia, le singole fattispecie assai di rado tipizzano direttamente condotte di alterazione dell’equilibrio ecologico⁹⁴, prediligendo, invece, forme d’incriminazione ricostruite intorno al requisito dell’inosservanza di precetti amministrativi, al cui rispetto è subordinato lo svolgimento di attività considerate pericolose, per le quali il potere amministrativo stabilisce regole di condotta, pretendendone titoli abilitativi, concessivi o meramente autorizzatori. [...] È ancora il diritto comunitario che impone un cambiamento nella disciplina attraverso l’adozione della direttiva 2008/99/CE. Era (ed è) largamente condivisa in dottrina l’idea che dall’attuazione della direttiva potesse derivare un espressivo miglioramento del livello di effettività del nostro sistema penale. Al momento gli spunti di riforma suggeriti dall’intervento europeo hanno trovato un

riscontro solo parziale. L'implementazione interna delle disposizioni europee è ancora ferma a uno stadio iniziale: nello specifico, la legge delega 4 giugno 2010, n. 96 del 2010 ha portato all'adozione del (primo?) decreto legislativo 7 luglio 2011, n. 121, di cui a breve. (GUCCIONE, 2013, p. 45).

Anche in Brasile il movimento espansionista non è stato al riparo dalle critiche, essendo la Legge di Crimini Ambientali (Legge 9605/98) solitamente bollata di prolissa, casuistica e tecnicamente imperfetta (PRADO, 2013). Si tratta, infine, di legge abbondante in tipi penali che richiedono complementazione dall'organo amministrativo per il perfezionamento della condotta penalmente censurata. È il caso degli articoli 29, § 4°, I e IV; 34, *caput* e paragrafo unico, I e II, 35, I e II, 36, 37, IV, 38, 45, 50, 42, 56, 62, I, tutti della Legge 9605/98.

Si osserva, quindi, che nel caso si tratta di problemi affetti al diritto penale come disciplina di costruzione dogmatica mondiale, e non un problema tipico di questo o quel Paese. Sono, dunque, sfide dallo spettro macro, di natura oltre frontiere, e che richiedono la costruzione di una dogmatica particolarizzata effettivamente capace di tutelare il bene giuridico di natura diffusa.

Vale però avvertire che le trasformazioni sollecitate da un diritto penale che consacra la tutela del bene diffuso ambiente non passa, per forza, attraverso la moltiplicazione di leggi penali, come se il diritto penale fosse una vera panacea, capace di gerire tutti i problemi del mondo contemporaneo. È fatto che, d'immediato, l'effetto diretto della produzione legislativa in materia penale nella società di rischio (BECK, 2010) produce apparente effetto tranquillizzante a una collettività che, nelle parole di SÀNCHEZ (2011), è oggi sempre più consumistica dell'intervento penale. Tuttavia, il diritto penale non può essere semplicemente simbolico, ma deve garantire, nel modo più effettivo possibile e nei limiti di tolleranza dell'intervento, la tutela dei beni giuridici più espressivi, dei diritti e garanzie individuali e collettive, giacché, nelle parole di Queiroz (2008), che si riferisce a García-Pablos de Molina,

un diritto penale simbolico manca di ogni legittimità poiché manipola la paura del delitto e dell'insicurezza, reagisce con rigore non necessario e sproporzionato e si preoccupa esclusivamente di certi delitti e trasgressori, introduce infinite disposizioni eccezionali, nonostante la sua inefficacia o impossibile adempimento e, a medio termine, scredita il proprio ordinamento, minando il potere intimidatorio delle sue

prescrizioni (QUEIROZ, 2008, p. 52).

Si deve evidenziare, comunque, che, dinanzi alla peculiarità diffusa del bene giuridico penalmente tutelato, la sfida sussiste nell'utilizzo della tecnica legislativa, che deve, allo stesso tempo, contemplare la protezione ambientale (e in quest'aspetto non è possibile scappare dall'appello al diritto amministrativo) e, trattandosi di norma penale, non fuggire dai suoi postulati tradizionali secolari. Definire i precisi limiti dell'equilibrio non è, tuttavia, compito facile. Figueiredo Dias rileva, però, che spetta al Diritto Penale una speciale funzione nelle nuove richieste sociali, nelle quali s'inseriscono la difesa dell'ambiente. Infine, come esterna il rispettato professore di Coimbra, la

molteplicità di condotte pericolose per le condizioni fondamentali di vita delle generazioni future, nella complessità che possono poi prendere e nella costante modificazione alla quale, a causa dell'evoluzione tecnologica, sono sottomesse, conduce a che, effettivamente, i delitti collettivi, come si vuole che in definitivo tipicamente si costruiscano, si trovino sottomesse a una clausola di accessorialità amministrativa. Vale a dire che il contenuto integrale dell'illecito solo può rivelarsi, in ultima analisi, anche in funzione di norme senza dignità penale. L'accessorialità amministrativa suscita alla dogmatica giuridico-penale, è vero, un lungo corteo di problemi, per alcuni dei quali ancora a malapena s'intravedono soluzioni consensuali. A questo punto, però, sarebbe anche salutare cominciare a fondamentare su una tanto antica quanto buona verità: quella che non sono le valutazioni politico-criminali che devono subordinarsi al lavoro (e alle difficoltà, e alle limitazioni in ogni momento storico) della dogmatica ed essere da esso condizionate, anzi è la dogmatica, come puro mezzo costruttivo-strumentale, che deve servire le proposizioni politico-criminali e a esse adeguarsi (DIAS, 2003, p. 55-56).

Si tratta, come detto, di compito arduo, giacché oltre alla peculiarità della norma rispetto alla chiamata accessorialità amministrativa, la frammentarietà e sussidiarietà del diritto penale devono farsi presenti visto la concezione di *ultima ratio* della legge penale. Nel caso brasiliano, preso come esempio in ragione dell'esistenza di legge specifica sulla tutela penale dell'ambiente (Legge 9605/98), si osserva nitidamente la prodigalità di delitti che riflettono la peculiarità della norma ambientale, ma che, tuttavia, potrebbero trovare sede adeguata nell'ambito extra-penale. In questo senso:

Di pronto, resta fondamentale il suo carattere altamente criminalizzatore, visto che erige alla categoria di delitto una grande quantità di comportamenti che, a rigore, non sono altro che semplici infrazioni amministrative o, al massimo, delle contravvenzioni penali, in totale dissonanza con i principi dell'intervento minimo e dell'insignificanza (v.g. art. 32, 33, III, 34, 42, 44, 29, 52, 55, 60, ecc.) (PRADO, 2013, p. 164.)

Le sfide, pertanto, si riferiscono non solo alla difesa della tutela penale dell'ambiente, ma anche e soprattutto come, alla luce della peculiarità del diritto umano diffuso ambientale, effettivamente tutelarlo con leggi adeguate e che contemplino, rispettato il grado di determinabilità dell'illecito, la possibilità di punire *ex ante* perché il danno, a volte irreversibile, sia evitato.

Dall'altro lato, non si deve ignorare che i diversi segmenti del diritto e, di conseguenza, il proprio diritto penale come tale, sono oggi domandati a rispondere ai pericoli e danni imprevedibili e non interamente classificati nelle coordinate conosciute di tempo e spazio. Inoltre, il carattere sopranazionale del bene giuridico, alla fine, esige richieste legate alla globalizzazione e d'integrazione sopranazionale nella difesa di un bene che non appartiene a un individuo e neanche a uno Stato in particolare, ma a tutta la comunità, che reclama parametri più adeguati di punibilità, con la frequenza necessaria per la propria punizione dell'attività aziendale, quella che più aggredisce l'ambiente, specialmente perché, in gran parte, l'aggressione all'ambiente pattuisce con gli interessi spuri di determinata impresa.

Occorre, pertanto, ripensare, nell'ambito delle prospettive per un diritto penale che effettivamente risponda alle richieste della tutela dell'ambiente come diritto umano consacrato in gran parte degli ordinamenti, come diritto fondamentale.

il problema della responsabilità, ossia, assumere che la questione della responsabilità penale non può passare soltanto per l'ammissione della responsabilità individuale, e se è certo che già nella società industriale questo problema è stato posto, importa approfondirlo in modo ad ammettersi non solo la responsabilità degli enti collettivi, ma anche un più efficiente legame tra questa responsabilità e la responsabilità per attuazione in nome di altri, così come altre forme di responsabilità che eventualmente siano dichiarate convenienti, per evitarsi l'impunità dei veri trasgressori.

Perciò che diventi necessario riflettere su tutta la problematica inerente all'imputazione, all'autorialità, ma proprio anche alla colpa, soprattutto per quanto riguarda la distinzione tra dolo e negligenza, così come all'omissione, che acquisirà certamente una maggior rilevanza e, soprattutto, al pericolo, quest'ultimo come categoria indissociabile del rischio.

Come importerà anche riflettere sul bene giuridico. Sembrandoci evidente che il tradizionale bene giuridico, di natura liberale, individuale, non può qui rispondere alle esigenze imposte da azioni dannose o pericolose che allo stesso tempo possano creare danni o pericoli diffusi, collettivi, sovra-individuali, o persino multi-individuali (di radice individuale, ma moltiplicati per parecchi individui) (FERNANDES, 2001, p. 27-28).

Così, se si esige dal diritto penale la tutela in maniera effettiva dei beni giuridici più importanti e, se l'ambiente, diritto umano considerato fondamentale in gran parte dei Paesi, è meritevole di tale tutela, si ha come premessa e dinanzi alla prospettiva di un diritto penale che abbia posto e voce in futuro e di un ambiente che sia da esso tutelato in modo effettivo, l'impiego di sforzi, in ambito mondiale, in grado di capacitare la dogmatica penale alle nuove sfide della tutela del bene giuridico collettivo.

È necessario, di fronte alla rottura dei paradigmi nazionali, creare Tribunali Internazionali specifici per la tutela dell'ambiente in ambito penale e, senza qualsiasi ordine di tergiversazione, permettersi, con i necessari adattamenti dogmatici che possano essere cogenti, la responsabilità penale della persona giuridica, che, certamente, è quella che più aggredisce l'ambiente, non solo dinanzi allo scopo lucrativo societario, ma anche perché è la più ben dotata di risorse per portare avanti i suoi propositi.

Rispetto alla norma, se si rendono necessarie le clausole amministrative, che si permetta, come *conditio sine qua non* di ottimizzazione della tutela penale, delitti che siano completati da precetti amministrativi, questo, chiaro, rispettata la necessità della tutela penale, la specificità della tutela penale e i caratteri minimi della determinabilità dell'illecito perché non si perda tutta la gamma di regole e principi assicuratori di sicurezza giuridica che la dottrina penale, per secoli, è riuscita a costruire.

Che si rompano, con responsabilità, i paradigmi classici in nome della miglior tutela di un bene giuridico che concerne alla propria vita degli esseri delle presenti e future generazioni e che, per questo, esige il diritto penale come effettiva garanzia, costituzionalizzata nelle più delle volte, di

un diritto che si presenta allo stesso tempo come individuale e diffuso.

CONSIDERAZIONI FINALI

Poiché imprescindibile alla vita degli esseri delle presenti e future generazioni, l'ambiente è materia trattata in importanti documenti internazionali e, parlando in maniera dottrinale, classificato come diritto umano di terza generazione.

Sebbene in passato non meritasse la dovuta attenzione dei Paesi, oggi, in ragione della preoccupazione per la scarsità delle risorse naturali di fronte all'incontrollato sfruttamento dall'uomo, le Costituzioni moderne già dispongono sulla tutela dell'ambiente, sede in cui esso è considerato, ordinariamente, diritto fondamentale, quando non espressamente, attraverso l'interpretazione che si danno a esse (Costituzioni) dai Tribunali Supremi.

Considerato, quindi, dalla sua importanza, diritto umano e fondamentale, l'ambiente è bene giuridico con dignità sufficiente perché sia tutelato dal diritto penale. Tuttavia, si tratta di bene peculiare poiché è, allo stesso tempo, un diritto-garanzia individuale e diffuso, perché direttamente legato alla vita di ciascuno degli esseri e, allo stesso tempo, di tutti, delle presenti e addirittura delle future generazioni.

Tuttavia, tale peculiarità del bene giuridico ambiente fa sì che il diritto penale, abituato dalla dogmatica secolare alla tutela del bene giuridico di titolarità individualizzata, deva ricevere gli influssi del nuovo, in modo a consacrare una struttura tipica, volta alla protezione *ex ante* delle condotte che mettano in pericolo astratto di danno il bene giuridico e che sia contemplata da complementi provenienti dal diritto amministrativo.

Benché deva adeguarsi per l'efficiente tutela ambientale, la modificazione dogmatica finisce per generare, come pericoloso effetto collaterale, il maggior espansionismo penale dinanzi ai reclami per più intervento penale. Questo causa, a volte, inflazione legislativa non necessaria e culmina, in ragione dell'inosservanza del carattere frammentario e sussidiario del diritto penale, nella criminalizzazione delle condotte la cui tutela sarebbe sufficiente per altri rami del diritto, ad esempio di quello che è successo in Brasile con la chiamata legge dei crimini ambientali (Legge 9605/98).

Di fronte a ciò, si difende un intervento penale responsabile, capace di, senza distorcere il carattere di *ultima ratio* del diritto penale, trasformarlo in strumento costituzionale di difesa dell'ambiente, quello

che si propone sia consacrato in ambito internazionale con la creazione di Tribunali Internazionali che puniscano crimini ambientali davanti alle azioni oltre-frontiere, anche di persone giuridiche, quelle appunto che, per l'adempimento dei loro desiderati contrattuali e perché aventi risorse finanziarie più robuste, sono quelle che più aggrediscono l'ambiente.

Si propone, dunque, che, come strumento di garanzia di un diritto d'importanza individuale e diffusa, sia l'ambiente ampiamente tutelato dal diritto penale, strumento costituzionale di difesa dei beni giuridici più importanti. Si difende, tuttavia, che l'intervento sia responsabile e che sia limitato all'effettivamente necessario.

RIFERIMENTI

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Traduzione André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Traduzione Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, jan. 1994.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual*. Disponibile in: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/3-ARTIGO#_ftn18>. Accesso in: 2 feb. 2016.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Traduzione Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzione Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, A. W.; MELLO, G. C.; OLIVEIRA, M.A Mecanismos

COLOMBINO, Luigi. *La responsabilità degli enti per reati ambientali*. 2012. Disponível in: <http://www.exeo.it/site/ebook_reati_ambientali_ecoreati_persones_giuridiche_rifiuti_ambiente_131_2001_121_2011_25_undecies_colombino2012>. Acesso in: 1 apr. 2016.

COSTA, Beatriz Souza. *Meio ambiente como direito à vida*: Brasil, Portugal, Espanha. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O papel do direito penal na protecção das gerações futuras*. 2003. Disponível in: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso in: 16 mar. 2016.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal*: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanati Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: *Revista de Concorrência e Regulação*. Coimbra, ano II, n. 7-8, jul./dez. 2012.

GUASTINI, Riccardo. *Exercícios de interpretação do art. 2 da Constituição Italiana*. 2009. Disponível in: <http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_03.pdf>. Acesso in: 25 gen. 2016.

GUCDIONE, Gwendoline. *La tutela penale ambientale e la nozione di rifiuto fra istanze soprannazionali ed approdi nostrani*. 2013. Disponível in: <http://amsdottorato.unibo.it/6007/1/tesi_deposito.pdf>. Acesso in: 1 apr. 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos em el derecho penal. In: *Estudios sobre la justicia penal*: homenaje al prof. Julio B. J. Maier. Buenos Aires:

Del Puerto, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Tradução Adriana Beckman Meirelles... [et al]. Porto Alegre: Safe, 2008.

ITALIA. *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Disponibile in: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegniseminari/STU185_principi.pdf>. Accesso in: 29 gen. 2016.

JESCHECK, Hans- Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traduzione Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1,

PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*. Terza Edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

PEIXINHO, Manoel Messias. *Les droits fondamentaux dans constitutions françaises*. Disponibile in: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1bc40d056bad6ec>>. Accesso in: 25 gen. 2016.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal do ambiente*. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada do risco: defesa de um papel necessariamente modesto. In *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Buenos Aires: EDISOFER S.L., 2011.

TEHRARIAN, Majid. *Rethinking Civilization: resolving conflict in the human family*. New York: Routledge, 2007. Disponível in: <<http://www.amazon.com/Rethinking-Civilization-Resolving-Conflict-Globalizations/dp/0415770696>>. Acesso in: 28 gen. 2016.

TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. Proteção dos direitos fundamentais e democracia. In: ROCHA, João de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Direitos Humanos: desafios humanitários contemporâneos*. Del Rey. Belo Horizonte, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, v. 1.

VASAK, Karel. *The international dimensions of human rights*. New York: Praeger, 1982.

Artigo recebido em: 22/02/2017.

Artigo aceito em: 26/04/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; THOMÉ, Romeu. La Protezione Penale Dell'ambiente Come Diritto Umano Costituzionale. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 33-71, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1014>>. Acesso em: dia mês. ano.

A ADMISSIBILIDADE DE DEMANDAS TERRITORIAIS INDÍGENAS NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Voltaire de Freitas Michel

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Professor dos cursos de graduação e pós-graduação lato sensu do Centro
Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER).
Email: voltairemichel@hotmail.com

Marc Antoni Deitos

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER).
Email: antonideitos@hotmail.com

RESUMO

Inicialmente, o trabalho apresenta um histórico da formação do sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos, destacando a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A partir da análise de uma sucessão de julgados da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o paper avalia, em primeiro lugar, o modo como o órgão interpreta as condições de admissibilidade das demandas que noticiam violações a direitos indígenas, sobretudo os relacionados com o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas por esses povos. Em seguida, com base no referencial teórico anterior e diante do fato concreto das dezenas de casos submetidos à Corte, o trabalho faz uma análise qualitativa do modo como os requisitos de admissibilidade têm sido interpretados pelo órgão do sistema regional. Como conclusão, pode-se apontar para uma certa flexibilidade da mencionada Comissão para a admissão dessas demandas, o que sinaliza para uma receptividade para o conhecimento de demandas relacionadas com terras indígenas. Para fins metodológicos, a análise se limitou aos casos submetidos à Comissão no período que se inicia com a instituição da Relatoria de Povos Indígenas (1990), destinada à especialização na abordagem dessas matérias.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Admissibilidade. Direitos Indígenas. Demandas Territoriais.

*ADMISSIBILITY OF INDIGENOUS TERRITORIAL DEMANDS ON THE
INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS*

ABSTRACT

Initially, the article presents a history of the formation of the inter-regional system of protection of human rights, highlighting the creation of the Inter-American Commission on Human Rights. From the analysis of a series of cases decided by the Inter-American Commission on Human Rights, the paper evaluates, first, how the body interprets the conditions of admissibility of demands who report violations of indigenous rights, particularly those related to the recognition of lands traditionally occupied by these people. Then, based on previous theoretical and before the concrete fact of dozens of cases submitted to the court, the work proposes a qualitative analysis of how the admissibility requirements have been interpreted by the Commission. In conclusion, one can point to a certain flexibility of the said committee for the admission of these demands, which signals a receptiveness to demands related to indigenous lands. For methodological purposes, the analysis was limited to the cases submitted to the commission in the period that begins with the establishment of the Rapporteurship on the Rights of Indigenous Peoples (1990), which detains the expertise in dealing with these matters.

Keywords: *Human Rights; Inter-American Commission on Human Rights; Admissibility; Indigenous rights; Territorial Claims.*

INTRODUÇÃO

A criação dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, paralelamente às jurisdições domésticas e ao sistema global, está amparada no pressuposto de que países e regiões que compartilham história e identidade cultural teriam uma sensibilidade mais apurada para lidar com questões semelhantes e comuns.

À luz desse pressuposto, três sistemas regionais de proteção de direitos humanos interpodem-se como intermediários entre as jurisdições domésticas e o sistema global de proteção de direitos humanos: os sistemas regionais interamericano, africano e europeu (HEYNS, PADILLA, ZWAAK, 2006), cada um enfrentando peculiaridades históricas e culturais próprias.

Na África, emergem as violações de direitos humanos decorrentes, sobretudo, da intolerância política e religiosa; no sistema europeu, a pauta é como convergir interesses dissonantes numa sociedade cada vez mais plural; e no americano, entre todos os temas, o que aparece com maior grau de peculiaridade é a questão indígena, como garantia da identidade cultural e religiosa, e a proteção dos direitos humanos dos povos, que, indistintamente, habitavam as Américas antes dos europeus.

Os pormenores do surgimento do sistema interamericano não integram este trabalho, embora seja necessário, ainda que superficialmente, abordar seus aspectos institucionais no estado em que se encontram.

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos é amparado por quatro instrumentos principais: a Carta da Organização dos Estados Americanos - OEA (1948); a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), que detalha os direitos mencionados na Carta da OEA; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, e o Protocolo Adicional à Convenção em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como *Protocolo de San Salvador* (1988).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada pela Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, ocorrida em Santiago do Chile (1959), e a Corte Interamericana, com competência contenciosa e consultiva, compõem o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, integrantes da Organização de Estados Americanos. A Corte foi criada pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de

São José da Costa Rica, que, simultaneamente, ampliou as atribuições da Comissão.

A Comissão Interamericana cumpre a função de realizar um juízo de delibação sobre a existência de infrações aos direitos humanos nos países signatários da Convenção. Por isso, na sua prática diária, e em atenção ao que determina o seu ato instituidor, a Comissão realiza um juízo de admissibilidade das petições, que lhe são submetidas por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização (art. 44 da Convenção).

O primeiro passo na internacionalização de uma alegada infração regional aos direitos humanos é a análise da admissibilidade perante a Comissão. Em seguida, após a conclusão do exame de mérito, o órgão poderá deliberar pela submissão da alegada infração à Corte.

Este trabalho objetiva examinar os casos concretos em que a Comissão apreciou a admissibilidade de alegadas violações a direitos indígenas e, mais especificamente, situações que envolvem demandas territoriais. Em outras palavras, o propósito é identificar as circunstâncias fáticas e jurídicas que determinaram a admissibilidade de demandas territoriais indígenas no âmbito da Comissão. Justifica-se a ênfase nos aspectos territoriais pelos enfoques econômicos indiscutíveis que a propriedade fundiária tem em países cujas riquezas nacionais repousam, sobretudo, sobre *commodities* minerais e produtos agrícolas, e pela importância que a relação com a terra tem para o próprio desenvolvimento dos povos autóctones.

A partir do exame desses casos concretos, será traçado um padrão, identificando-se uma constante nos posicionamentos da Comissão na interpretação dos requisitos de admissibilidade com relação a esses casos concretos. Dito de outra forma, buscam-se os critérios determinantes da Comissão na apreciação dos requisitos genéricos de admissibilidade, quando aplicados a casos concretos.

Desde já, antecipa-se que não faz parte do recorte metodológico deste trabalho avaliar as consequências concretas da admissibilidade, ou seja, se houve solução amistosa (possibilidade contida na Convenção), ou encaminhamento do tema à Corte Interamericana. Certamente, pela importância desses temas paralelos, eles merecerão trabalhos independentes.

O artigo destina-se não só a *policymakers*, responsáveis por políticas públicas nos ambientes domésticos, mas também a todos os

interessados, em qualquer nível ou posição, no reconhecimento de direitos territoriais indígenas. Busca-se identificar as circunstâncias em que se torna possível, concretamente, o salto do sistema doméstico para o sistema regional.

Para fins metodológicos, a análise se limitará aos casos submetidos à Comissão no período que se inicia com a instituição da Relatoria de Povos Indígenas (1990), destinada à especialização na abordagem dessas matérias.

Na primeira parte do trabalho, será abordada a admissibilidade em termos gerais, assim como as linhas orientadoras que a Comissão adotou na sua avaliação. Na segunda parte, mais especialmente, serão apreciados os casos em que a Comissão apreciou demandas territoriais indígenas e deliberou seu acolhimento e viabilidade.

1 O EXAME DE ADMISSIBILIDADE DE PETIÇÕES PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA

A jurisdição interamericana de direitos humanos, por seu sistema integrado pela Comissão e pela Corte, age de modo subsidiário aos sistemas domésticos (MAZZUOLI, 2010).

Por essa razão, a admissibilidade inicial perante a Comissão pode ser interpretada como o primeiro passo para a internacionalização de uma alegada ofensa aos direitos humanos. Para tanto, será apresentada, no item seguinte, uma tipologia genérica dos critérios de admissibilidade e, em seguida, aspectos específicos relacionados ao modo como a Comissão as têm interpretado.

1.1 Princípios orientadores da admissibilidade na Convenção Interamericana

Os requisitos gerais de admissibilidade das petições submetidas à Comissão estão previstos nos artigos 46 e 47 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos - *Pacto de São José da Costa Rica*, e podem ser sintetizados nos seguintes termos:

a) exaurimento da jurisdição doméstica e proposição dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva (art. 46, 1, 'a' e 'b');

b) ausência de litispendência internacional (art. 46, 1, 'c') ou,

se não houver coisa julgada internacional, pela reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional (art. 47, 'd');

c) legitimidade ativa (art. 46, 1, 'd');

d) pertinência temática (narrar violação a direitos protegidos pela Convenção (art. 47, 'b');

e) não for manifestamente infundada ou improcedente (art. 47, 'c').

Nesse cenário, verifica-se que parte dos requisitos de admissibilidade dizem respeito à forma, e os demais, ao mérito ou a questões de fundo, que são analisadas nessa fase, *in status assertionis*.

Dizem respeito - sobretudo à forma - a análise do exaurimento da jurisdição doméstica e a proposição dentro do prazo de seis meses, a ausência de litispendência ou coisa julgada internacional e a legitimidade ativa.

De outra parte, relacionam-se com a questão de fundo a avaliação da pertinência temática e se a petição dirigida à Comissão não é manifestamente infundada ou improcedente.

1.2 O exame da admissibilidade no âmbito da Comissão Interamericana em casos concretos

Na apreciação dos casos concretos submetidos à sua competência, em várias oportunidades a Comissão apreciou os requisitos de admissibilidade já apresentados. O objetivo, antes de evidenciar propriamente a análise dos requisitos de admissibilidade nos casos de demandas territoriais indígenas, é identificar orientações genéricas sobre como interpretar tais condições.

Destaca-se, preliminarmente, que a Corte Interamericana, caso provocada pela Comissão, poderá reexaminar as condições de admissibilidade. Naturalmente, a possibilidade ou não de reexame expõe uma dissonância potencial entre os órgãos integrantes do sistema interamericano. A Corte, em seus pronunciamentos, reiteradamente reafirma sua competência para reapreciar as condições, não obstante a contrariedade da Comissão. Concretamente, a possibilidade de reexame das condições perante a Corte, segundo André de Carvalho Ramos (2013), provoca um desequilíbrio entre as partes, uma vez que o Estado, ao ver rejeitadas suas teses de inadmissibilidade perante a Comissão, pode reiterá-las perante a Corte, ao passo que as demais partes não contam com nenhum recurso à

Corte em caso de acolhimento de alguma das teses de inadmissibilidade. Entretanto, ao exame dos casos concretos, é notório que, ao menos com relação aos direitos territoriais indígenas, não houve, no período abrangido, nenhum caso de inadmissibilidade perante a Comissão.

1.2.1 Requisitos de admissibilidade formais

Preliminarmente, antes de apreciar o mérito *in status assertionis* das petições que lhe são dirigidas, a Comissão examina requisitos formais da demanda, quais sejam, conforme o seu regulamento próprio: a) exaurimento da jurisdição doméstica e proposição dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; b) a legitimidade ativa; e c) ausência de litispendência ou coisa julgada internacional, pela reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

1.2.1.1 Exaurimento da jurisdição doméstica e proposição dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva (art. 46, 1, 'a' e 'b')

No caso específico do exaurimento da jurisdição doméstica e da propositura da petição no prazo previsto, a Convenção fornece instrumentos para interpretar se a situação narrada atende a esse requisito. O art. 46, item 2, alíneas 'a', 'b' e 'c', informa que não se exigirá o exaurimento ou a atenção ao prazo quando não existir, na legislação interna do Estado, o devido processo legal para a proteção do direito ou dos direitos supostamente violados; quando não se tiver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou se tiver sido ele impedido de esgotar esses recursos; e, por fim, se houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos, visto que há dever internacional atribuído ao Estado de fornecer os meios judiciais competentes para a apreciação de violações aos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1997).

Em síntese, não se exigirá o exaurimento doméstico ou a atenção ao prazo quando a ordem jurídica não fornecer instrumentos processuais adequados ou, ainda que existentes, houver demora injustificada na apreciação das violações aos direitos humanos, como foram os casos Caballero Delgado vs. Colômbia (1994) e Velazquez Rodrigues (1988), mencionados por

Buergenthal, Shelton, Stewart (2009).

Além das exceções supracitadas, a Corte reconheceu, nos seus julgados, mais três: a) quando o recurso disponível for inidôneo; b) quando for inútil (por exemplo, já há jurisprudência do tribunal superior interno em sentido diverso); ou c) quando faltam defensores ou há barreiras de acesso à Justiça (RAMOS, 2013).

Com relação ao exaurimento da jurisdição doméstica, o Regulamento da Comissão Interamericana, em seu art. 31, 3, atribuiu ao Estado o ônus de provar que os recursos não foram esgotados quando o peticionário alegar a impossibilidade de comprovar o requisito, a menos que isso se deduza claramente dos autos. Na análise do quesito, a Comissão sinaliza uma redistribuição do ônus da prova das alegações do peticionário, certamente em atenção à hipossuficiência do requerente em face dos requeridos: os Estados acusados de infração aos direitos humanos, sendo o principal caso a respeito do ônus atribuído ao Estado o de *Fairen Garbi* (1987).

De outra parte, o mesmo regulamento, com relação ao prazo para a propositura da petição, prevê, em seu art. 32, que, nos casos em que sejam aplicáveis as exceções ao requisito de esgotamento prévio dos recursos internos, a petição deverá ser apresentada dentro de um prazo razoável, a critério da Comissão. Para tanto, ela considerará a data em que ocorreu a presumida violação dos direitos e as circunstâncias de cada caso.

Contudo, Mazzuoli acentua que:

Na prática do sistema interamericano, a regra do prévio esgotamento dos recursos internos tem sido (com absoluta coerência) interpretada restritivamente, mitigando-se o seu alcance quando, comprovadamente, a vítima da violação dos direitos humanos não tiver os meios e as condições necessárias para esgotar os recursos judiciais internos, antes de deflagrar o procedimento perante a Comissão Interamericana (MAZZUOLI, 2010, p. 87-110).

Mazzuoli ressalta ainda que, nesses casos, “pode o Estado ser, inclusive, responsabilizado internacionalmente, justamente por não ter provido o indivíduo de meios jurídicos hábeis para reparar o dano que lhe foi causado em decorrência da violação de direitos humanos” (MAZZUOLI, 2010, p. 87-110).

A necessidade de exaurimento das vias domésticas foi o fundamento para a inadmissibilidade da única petição interestatal submetida à Comissão até hoje: *Nicarágua vs. Costa Rica*, julgada em

8/3/2006 (BUERGENTHAL, SHELTON, STEWART, 2009).

Sobre a necessidade de alegação, por parte do Estado, perante a Comissão, da exceção de admissibilidade por ausência de esgotamento dos recursos internos, entendeu a Corte que ela deverá ser deduzida perante a própria Comissão, sob pena de preclusão ou de desistência tácita dessa objeção, como no caso *Castillo Paez vs. Peru*, com sentença datada de 30/1/1996 (RAMOS, 2013).

A propósito, a Corte e a Comissão têm sustentado que

[...] segundo os princípios do Direito Internacional, geralmente reconhecidos, e a prática internacional, a regra que exige o prévio exaurimento dos recursos internos está concebida no interesse do Estado, pois busca dispensá-lo de responder perante um órgão internacional por atos que lhe imputem, antes de haver tido a oportunidade de remediá-los com seus próprios meios (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe nº 5/04/2004).

1.2.1.2 Legitimidade ativa

O art. 46, 1, ‘d’ não menciona, especificamente, a legitimidade ativa, porém exige que a petição dirigida à Comissão contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas, ou do representante legal da entidade que submeter a petição. A exigência atende à necessidade de comprovar que os peticionantes se encontram na condição prevista no art. 44 da mesma Convenção, cujo teor “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-Parte”.

A possibilidade de que qualquer pessoa possa provocar o processamento internacional de uma alegada ofensa aos direitos humanos, dirigindo-se à Comissão, constitui, como ensina Mazzuoli (2010, p. 87-110),

Uma exceção à cláusula facultativa (que permite que o Estado-parte se manifeste se aceita ou não esse mecanismo), uma vez que a Convenção permite que qualquer pessoa ou grupo de pessoas (sejam elas nacionais ou não) recorram à Comissão Interamericana independentemente de declaração expressa do Estado reconhecendo esta sistemática.

Ademais, o sistema da Convenção não exige sequer que o peticionante seja a própria vítima ou vítimas (BUERGENTHAL, SHELTON, STEWART, 2009).

1.2.1.3 Ausência de litispendência ou coisa julgada internacional, pela reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional

O Regulamento da Comissão Interamericana trata de modo indistinto as circunstâncias em que, segundo a teoria geral do processo, se evidenciaria litispendência ou coisa julgada¹. A normativa, em seu art. 33, qualifica as situações de litispendência e de coisa julgada genericamente como duplicação de processos, prescrevendo que a Comissão (art. 33, 1, ‘a’ e ‘b’) não considerará uma petição nos casos em que a respectiva matéria se encontre pendente de outro processo de solução perante a organização internacional governamental de que seja parte o Estado aludido, ou constitua substancialmente a reprodução de uma petição pendente ou já examinada e resolvida pela Comissão ou por outro organismo internacional governamental de que faça parte o Estado aludido.

O próprio Regulamento da Comissão, em seu art. 33, 2, elenca os casos em que a Comissão apreciará as petições, independentemente de uma aparente duplicação. A Comissão apreciará os casos a ela submetidos quando: a) o procedimento seguido perante o outro organismo limitar-se ao exame geral dos direitos humanos no Estado aludido, e não existir uma decisão sobre os fatos específicos que forem objeto da petição ou não conduzir à sua efetiva solução; b) o peticionário perante a Comissão for a presumida vítima da violação ou algum familiar seu, e o peticionário perante o outro organismo for uma terceira pessoa ou uma entidade não governamental, sem mandato dos primeiros.

Na primeira exceção, há um cenário de continência, quer dizer, a aludida infração está contida na primeira petição submetida a outro organismo internacional, porém não tem tratamento específico. No segundo caso, o que se reconhece é a ausência de identidade de partes.

¹ Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009; e modificado em 2 de setembro de 2011 e em seu 147º período de sessões, celebrado de 8 a 22 de março de 2013 para sua entrada em vigor em 1º de agosto de 2013.

1.2.2 Requisitos de admissibilidade de fundo ou mérito

Superados os obstáculos formais, a Comissão passa, então, a examinar a plausibilidade substantiva da demanda, a partir da avaliação, em primeiro lugar, da: a) pertinência temática; e, em segundo lugar, b) da plausibilidade da petição.

1.2.2.1 Pertinência temática (narrar violação a direitos protegidos pela Convenção, art. 47, ‘b’, da Convenção)

Em princípio, como órgão da Convenção, a Comissão examina ofensas aos direitos humanos consagrados no *Pacto de San José da Costa Rica*. O art. 29, alínea ‘b’, do referenciado Pacto, no entanto, permite estender os limites interpretativos dos seus dispositivos, determinando que

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possa ser reconhecido em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano, ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possa produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza (MAZZOULI, 2010, p. 87-110).

Por essa razão, os Estados que não são signatários da Convenção não se desobrigam de adequar-se aos termos da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Nesse caso, no entanto, a Comissão, que antecedeu historicamente a Corte, não atuará especificamente como órgão da Convenção, mas como órgão da OEA (“órgão da Carta”); e, em caso de admissibilidade e de intervenção da Comissão, eventual desconsideração ou descumprimento por parte do Estado não signatário da Convenção poderá determinar o encaminhamento da questão à Assembleia da Organização dos Estados Americanos (MAZZOULI, 2010; BUERGENTHAL, SHELTON, STEWART, 2009).

1.2.2.2 Plausibilidade da petição (não for manifestamente infundada ou

improcedente, art. 47, 'c', da Convenção)

Por fim, a plausibilidade da petição pode ser interpretada como existência de fundamentos mínimos, fáticos ou jurídicos, que não se confundem com os aspectos formais supra-abordados; naturalmente, a plausibilidade será examinada *in status assertionis*, relegando-se às fases futuras do procedimento na Comissão e na Corte eventuais controvérsias fáticas.

2 O EXAME DE ADMISSIBILIDADE EM TERMOS ESPECÍFICOS: AS DEMANDAS TERRITORIAIS INDÍGENAS

Nessa parte, o objetivo é avaliar como a Comissão tem apreciado os requisitos de admissibilidade nas inúmeras demandas territoriais indígenas submetidas ao órgão, sobretudo a partir da criação da Relatoria de Povos Indígenas, em 1990.

Os requisitos serão analisados à luz do que se expôs a respeito das condições genéricas de admissibilidade.

2.1 Os territórios indígenas: papel dos sistemas regionais de direitos humanos

As demandas e petições a respeito de direitos indígenas não se limitam aos casos de postulações territoriais. No entanto, no presente trabalho, por decisão metodológica, serão analisadas apenas as petições protocoladas perante a Comissão a partir de 1990, contendo demandas territoriais.

Como destacado anteriormente, essas demandas representam uma diferença específica - e de qualidade - com relação às submetidas aos demais sistemas regionais de proteção de direitos humanos. A proximidade geográfica e a identidade histórica e cultural exercem um elemento decisivo nas alegadas violações a direitos humanos a serem submetidas aos sistemas regionais instituídos para a sua proteção.

2.2 Casos específicos de admissibilidade na Comissão em demandas territoriais indígenas: busca de padrões

Apartir dos dados disponibilizados pela Comissão Interamericana,

identificam-se algumas petições protocoladas perante o órgão em que foram apreciadas suas admissibilidades. O quadro a seguir indica o número do informe de admissibilidade, os indivíduos ou a comunidade afetada, o país demandado, a data da decisão e o juízo sobre sua admissibilidade ou não.

Número do Informe de Admissibilidade	Indivíduos ou Comunidade afetada	País demandado	Data da decisão	Admitida / Não admitida
99/99	Mary y Carrie Dann	Estados Unidos	27/9/1999	Admitida
78/00	Comunidades Indígenas Mayas y seus membros	Belize	5/10/2000	Admitida
02/02	Comunidade indígena Yakye Axa do povo Enxet-Lengua	Paraguai	27/2/2002	Admitida
11/03	Comunidade indígena Xákmok Kásek do povo Enxet	Paraguai	20/2/2003	Admitida
12/03	Comunidade indígena Sawhoyamaxa do povo Enxet	Paraguai	20/2/2003	Admitida
62/04	Povo Indígena Kichwa de Sarayaku e seus membros	Equador	13/10/2004	Admitida
29/06	Comunidade Garífuna Triunfo da Cruz e seus membros.	Honduras	14/3/2006	Admitida
78/06	Comunidades aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)	Argentina	21/10/2006	Admitida
80/06	Membros da comunidade indígena de Ananas e outros	Brasil	21/10/2006	Admitida
39/07	Comunidade Garífuna de Cayos Cochinos e seus membros	Honduras	24/7/2007	Admitida
55/07	Comunidade indígena Kelyenmagategma do povo Enxet-Lengua e seus membros	Paraguai	24/7/2007	Admitida
76/07	Povos Kaliña e Lokono	Suriname	15/10/2007	Admitida
58/09	Povo indígena Kuna de Madungandí e Embera de Bayano e seus membros.	Panamá	21/4/2009	Admitida
75/09	Comunidades indígenas Ngöbe y seus membros no vale do Rio Changuinola	Panamá	5/8/2009	Admitida
98/09	Povo indígena Xucurú	Brasil	29/10/2009	Admitida
105/09	Grupo de Tratado Hul'qumi'num	Canadá	30/10/2009	Admitida
141/09	Comunidade Agrícola Diaguita dos Huascoltinos e seus membros	Chile	30/12/2009	Admitida
63/10	Comunidade Garífuna Punta Piedra e seus membros	Honduras	24/3/2010	Admitida

125/10	Povos Indígenas de Raposa Serra do Sol	Brasil	23/10/2010	Admitida
87/12	Comunidades Maya Kaqchikel de los Hornos e El Pericón I e seus membros	Guatemala	8/11/2012	Admitida
09/13	Comunidade Indígena Kaliña de Maho	Suriname	19/3/2013	Admitida

Na busca de padrões para analisar as demandas territoriais indígenas, podem-se encontrar os seguintes aspectos específicos:

a) Ônus do demandado de demonstrar os meios domésticos não esgotados: em vários precedentes, a Comissão, na mesma linha da Corte, atribuiu ao demandado - o Estado - o ônus de comprovar a existências de meios judiciais domésticos não exauridos (*Kalina de Maho vs. Suriname*, 2013);

b) Prazo razoável para a interposição perante a Comissão: quando reconhecida a ausência de meios domésticos efetivos, a Comissão procede a um exame pormenorizado do caso concreto. Reconheceu, por exemplo, que é razoável o protocolo da petição quando não há instrumentos para a proteção do direito no âmbito doméstico, a expulsão das terras ocorreu em março, e o protocolo da petição à Comissão, em dezembro do mesmo ano (*Kalina de Maho vs. Suriname*, 2013);

c) Afastamento voluntário das comunidades das terras disputadas: em pelo menos uma oportunidade (*Kalina de Maho vs. Suriname*, 2013), a Comissão apreciou matéria defensiva, que consistia em alegar que as comunidades se afastaram de suas terras voluntariamente, e não por ação do Estado. Nessa ocasião, a Comissão conheceu a petição, considerando que a tese defensiva se confundia com o próprio mérito, a ser provado nas fases subsequentes;

d) Insuficiência das ações possessórias como meio hábil para proteção de terras indígenas: em pelo menos um caso, a Comissão reconheceu que a existência de ações possessórias no direito doméstico não seria suficiente para a proteção efetiva dos direitos territoriais indígenas (*Comunidades Maya Kaqchikel de los Hornos e El Pericón I e seus membros vs. Guatemala*, 2012);

e) Infrações continuadas: diante de infrações continuadas, a Comissão tem mitigado o prazo de 6 meses para o protocolo da petição (*Comunidades Maya Kaqchikel de los Hornos e El Pericón I e seus membros vs. Guatemala*, 2012; *Kalina e Lokono vs. Suriname*, 2007);

f) Ausência de reconhecimento jurídico das formas tradicionais

de posse, de personalidade jurídica coletiva ou de instrumentos de postulação coletiva: a Comissão, na linha de julgados da própria Corte, admite que há infração da Convenção quando não ocorre reconhecimento jurídico das formas tradicionais de posse da terra, assim como a não distinção de personalidade jurídica ou de instrumentos para postulação coletiva, infringindo-se o art. 21 da Convenção, que reconhece o direito à propriedade privada. Há, segundo a Comissão, uma obrigação positiva de adotar medidas especiais para garantir aos integrantes dos povos indígenas e tribais o exercício pleno e igualitário do direito aos territórios que usaram e ocuparam tradicionalmente (Comunidade Garífuna Punta Piedra e seus membros *vs.* Honduras, 2010). Esse entendimento foi confirmado posteriormente na Corte I.D.H, no *Caso do Povo Saramaka vs. Surinam* (julgado em 28/11/2007), assim como em *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua* (julgado em 31/8/2001), *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai* (julgado em 17/06/2005) e *Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai* (29/03/2006);

g) Existência de impugnação judicial por outros interessados: conforme a Comissão, a tramitação de ações de terceiros, por vezes contrárias às demarcações, não impede o conhecimento da petição, sob o argumento de não terem sido exauridos os meios domésticos. É o caso, ainda sob apreciação da Comissão, da demarcação da Raposa Serra do Sol, em que pendia o julgamento de ação popular proposta por terceiros interessados em revisar o processo demarcatório (Povos indígenas de Raposa Serra do Sol *vs.* Brasil, 2010);

h) Aplicação da Declaração Americana: em alguns casos, sobretudo em se tratando de países que ratificaram tardiamente a Convenção, a Comissão tem apreciado os fatos à luz da Declaração Americana. No caso concreto de Raposa Serra do Sol *vs.* Brasil (2010), a Comissão entendeu terem sido violados, em tese, os artigos I, II, III, VIII, IX, XVIII, XXIII da Declaração Americana. É o mesmo tratamento atribuído a países que não ratificaram a Convenção (Grupo do Tratado Hul'qumi'num *vs.* Canadá, 2009; Comunidades Indígenas Mayas y seus membros, 2000);

i) Ações de garantias constitucionais: segundo a Comissão, o emprego de ações de proteção de garantias constitucionais é suficiente para comprovar o exaurimento dos meios domésticos (Comunidade Agrícola Diaguita dos Huascoltinos e seus membros *vs.* Chile, 2009; Kichwa de Saraiaku *vs.* Equador, 2004);

j) Jurisprudência doméstica desfavorável: em alguns casos,

quando confrontada com essa situação, a Comissão reconheceu que a existência de jurisprudência doméstica desfavorável autoriza a dispensa do exaurimento dos meios domésticos (Grupo de Tratado Hul'qumi'num vs. Canadá, 2009);

k) Ausência de consulta à comunidade como violação ao direito de participação política: em vários casos, a Comissão interpretou a ausência de qualquer consulta à comunidade a respeito da gestão de suas terras, ou a falta de qualquer mecanismo de participação coletiva, como uma ofensa ao art. 23 da Convenção, que reconhece os direitos políticos de participação (Comunidade Agrícola Diaguita dos Huascoltinos e seus membros vs. Chile, 2009);

l) Princípio do *iura novit curia*: a Comissão reconheceu a possibilidade de enquadrar as alegadas infrações em quaisquer dos artigos da Convenção ou da Declaração, independentemente da qualificação apresentada na petição. No caso concreto do Povo Indígena Xucuru vs. Brasil (2009), a Comissão qualificou as infrações anteriores à ratificação da Convenção pelo Brasil, ocorrida em 25 de setembro de 1992, como feitas aos artigos XVIII (direito de acesso à Justiça) e XXIII (direito de propriedade) da Declaração Americana de Direitos Humanos. No mesmo sentido, requalificando as infrações, ao apreciar a admissibilidade da petição apresentada pela Comunidade indígena Ngöbe vs. Panamá (2009), a Comissão entendeu que as violações narradas se enquadram não apenas nos artigos 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção jurídica dos direitos) da Convenção Americana, mas também no art. 2º (dever de adotar disposições de direito interno) e no art. 24 (igualdade perante a lei) da Convenção;

m) Duplicidade em caso de submissão a órgãos internacionais com atribuições diversas: a Comissão reconheceu não haver duplicidade de processos quando aspectos da mesma suposta infração foram noticiados a órgãos de natureza diversa da Comissão, como no caso do Comitê para Eliminação da Discriminação Racial - CERD -, vinculado ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname, 2007);

n) Relação entre dispositivos da Convenção e da Declaração: segundo a Comissão, uma vez que a Convenção entra em vigor com relação a um Estado, é esse instrumento, e não a Declaração que passa a ser a fonte específica do direito que aplicará a Comissão Interamericana (Comunidades aborígenes Lhaka Honhat, Nuestra Tierra, vs. Argentina, 2006);

o) Violação do Convênio 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT: com relação à alegação de violação das normas do Convênio 169 da OIT, que dispõe sobre povos indígenas e tribais, a Comissão reconheceu não ter condições para apreciar tais normas, ressaltando, no entanto, a possibilidade de empregar o Convênio como pauta interpretativa de obrigações convencionais, como previsto no art. 29 da Convenção (Comunidade Garífuna Triunfo da Cruz e seus membros *vs.* Honduras, 2006).

Noutro julgamento, a Comissão entendeu que o instrumento previsto no art. 16 do Convênio 169 da OIT, qual seja, o dever de consultar previamente os povos indígenas antes de reassentá-los, não configura meio doméstico a ser exaurido antes de transferir a questão para o âmbito do sistema regional de proteção de direitos humanos (Comunidade indígena Xákmok Kásek do povo Enxet *vs.* Paraguai, 2003).

CONCLUSÃO

A partir dos casos concretos analisados, pode-se afirmar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem interpretado os requisitos de admissibilidade das petições em sentido bastante favorável aos peticionários, facilitando o acesso ao sistema regional de proteção de direitos humanos. A jurisprudência da Comissão, portanto, facilita o ingresso de demandas territoriais indígenas, reforçando a presença do sistema regional neste tema.

Observa-se, da mesma forma, que alguns países têm sido demandados com maior frequência, destacando-se o caso do Paraguai, com quatro demandas aceitas, e de Honduras, com três petições admitidas.

Em praticamente todas as petições, em algum momento foi avaliada a existência de instrumentos judiciais hábeis para a proteção dos direitos humanos alegadamente ofendidos, tendo sido a Comissão bastante rigorosa em relação a esse aspecto. Quer seja pela demora, quer seja pela ineficiência do instrumento judicial colocado à disposição das partes, a Comissão tem admitido as petições embasadas na insuficiência dos instrumentos domésticos.

Cabe destacar, na apreciação do mérito *in status assertionis*, que a Comissão reconhece como ofensiva aos direitos humanos consagrados na Convenção e na Declaração, a ausência de reconhecimento da posse tradicional da terra, em termos coletivos (não bastando a distinção da mera

propriedade privada), assim como a não caracterização da personalidade jurídica coletiva e a ausência de instrumentos coletivos de postulação em favor desses direitos.

Por fim, reitera-se que o recorte metodológico desta pesquisa focou a admissibilidade das petições perante a Comissão, relegando-se a exame futuro a questão relativa ao juízo pela submissão das questões à Corte e, conclusivamente, as decisões da própria Corte a respeito das alegadas infrações que lhe foram submetidas.

REFERÊNCIAS

BASCH, Fernando et al. *A eficácia do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões*. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 7, nº 12, p. 9-35, jun. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/37468>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

BERNARDES, Marcia Nina. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais*. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 8, nº 15, p. 135-156, dez. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/46810>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

BIJOS, Leila; MELO, Cristina Nascimento de. *Demarcação de terras indígenas e sistema interamericano de direitos humanos: a responsabilidade do estado por ato judicial resumo*. Revista brasileira de direito internacional. v. 2, nº 2, p. 23 a 38.

BUERGENTHAL, Thomas, SHELTON, Dinah, STEWART, David. *International Human Rights in a nutshell*. St. Paul: West Group, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. *O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano*. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos. nº 5,

ano 3, 2006, p. 60.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe n° 5/04*. Petición 720-00. Admisibilidad Eduardo Kimel *versus* Argentina. 24 de fev. 2004. Disponível em: < <http://cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Argentina.720.00.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

GONZÁLEZ, Felipe. *As medidas de urgência no sistema interamericano de direitos humanos*. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, v. 7, n° 13, dez. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/41724>>. Acesso em: 6 jun. 2016

HEYNS, Christof, PADILLA, David, ZWAAK, Leo. *Comparação Esquemática dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos: Uma Atualização*. Revista SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, 2006, ano 3, n° 4.

LIMAJR., Jayme Benvenuto. *Manual de Direitos Humanos Internacionais: acesso aos sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Loyola, 2002.

MAZZUOLI, Valério. *Processo civil internacional no sistema interamericano de direitos humanos*. Revista dos Tribunais, n° 895, maio 2010, p. 87-110.

MELO, Mario. *Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, n° 4, ano 3, 2006.

NEVES, Rafaela Teixeira Sena. *Interpretando a interpretação? Uma análise da racionalidade jurídica das sentenças proferidas nos casos sobre propriedade comunal da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Revista de direitos humanos em perspectiva, v. 2, n° 1, 2016, p. 249 a 264.

PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos*

humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 222-224.

Artigo recebido em: 11/10/2016.

Artigo aceito em: 28/3/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS, Marc Antoni. A Admissibilidade de Demandas Territoriais Indígenas na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 73-92, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/905>>. Acesso em: dia mês. ano.

DIGNIDADE HUMANA, SEGURANÇA NACIONAL E OS REFUGIADOS AMBIENTAIS NA LEI N. 9.474/1997

Fernando Sérgio Tenório de Amorim

Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e pela Université de Montreal (Canadá).
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Professor da Faculdade de Direito de Maceió (FADIMA)
E-mail: fs.amorim@uol.com.br

Hugo Marinho Emídio de Barros

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário CESMAC.
Advogado.
E-mail: hugomeb@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo dos direitos fundamentais assegurados aos refugiados no Brasil, analisando-se a Lei n. 9.474/97 - Lei de Refúgio brasileira - e seus mecanismos quanto à harmonia entre os princípios da dignidade humana e da segurança nacional, bem como a questão dos refugiados ambientais na legislação. O objetivo deste artigo é demonstrar a ausência de harmonia entre ambos os princípios na Lei de Refúgio e as dificuldades e desafios causados por esse desequilíbrio quanto à regulação dos direitos inerentes aos refugiados pela Lei n. 9.474/97 no contexto atual de crises, guerras e desastres naturais. Para tanto, utiliza-se pesquisa teórica, tomando-se por base levantamentos bibliográficos, jurisprudenciais e doutrinários em relação aos modernos contornos atribuídos aos direitos fundamentais assegurados aos refugiados. Assim, para a garantia de maior eficiência e efetividade da legislação em análise frente aos princípios e regras que regem o ordenamento jurídico interno e considerando as mudanças ocorridas no cenário interno e internacional, fica evidente a necessidade de revisão quanto à regulação dos direitos inerentes aos refugiados no Brasil.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Dignidade humana. Segurança nacional. Lei de Refúgio. Refugiados ambientais.

*HUMAN DIGNITY, HOMELAND SECURITY AND THE ENVIROMEN-
TAL REFUGEES ON THE LAW N. 9.474/1997*

ABSTRACT

The present work aims to study the fundamental rights granted to refugees in Brazil, analyzing Law n. 9.474/97 - brazilian Refugee Law - and its mechanisms towards to the harmony between the human dignity and national security principles, as well as the issue of environmental refugees in the Brazilian law system. The purpose of this article is to demonstrate the lack of harmony between both principles in the Refugee Law, as well as the difficulties and challenges caused by this unbalance on the regulation of rights inherent to refugees by Law n. 9.474/97 in the current context of crises, wars and natural disasters. In order to reach the settled purpose theoretical research is used based on bibliographical, jurisprudential and doctrinal surveys considering the modern outlines attached to the fundamental rights granted to refugees. Therefore, to assure greater efficiency and effectiveness of the law considering the principles and rules which rules the domestic legal system, as well as changes that have taken place in the domestic and international scenario, a clear need for a revision regarding the regulation of rights inherent to refugees in Brazil is presented.

Keywords: *Fundamental rights; Human dignity; Homeland security; Refugee Law; Environmental Refugees.*

INTRODUÇÃO

A Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997 - Lei de Refúgio brasileira - constitui um marco importante na proteção aos direitos dos refugiados e é internacionalmente reconhecida como modelo a ser seguido. Os recentes acontecimentos que envolvem a recepção de refugiados, oriundos especialmente da região do Oriente Médio, pelos Estados europeus, demandam uma reflexão maior sobre o tema e suas implicações no atual contexto de escalada internacional do terrorismo, de crises econômicas e financeiras e dos desastres naturais ao redor do globo.

Diante do atual contexto de mudanças, e considerando os quase 20 (vinte) anos de vigência da Lei de Refúgio brasileira, observa-se a necessidade de realizar uma revisão da legislação nacional quanto aos direitos fundamentais assegurados aos refugiados no Brasil. Tais direitos devem ser confrontados com os modernos contornos atribuídos ao princípio da dignidade da pessoa humana e de sua harmonização com o princípio da segurança nacional.

O objetivo deste trabalho consiste, portanto, na análise a Lei n. 9.474/97 sob uma nova perspectiva: a ótica do binômio formado pelo princípio da dignidade humana e a segurança nacional. As mudanças ocorridas no cenário interno e internacional durante os anos de vigência da lei, assim como os modernos contornos conferidos aos direitos fundamentais, atualizando-os como princípios norteadores das ações de proteção aos refugiados, exigem uma atitude hermenêutica que esteja em consonância com a necessária harmonia entre a dignidade humana e a segurança nacional.

Sob uma perspectiva estritamente epistemológica, deve-se ressaltar que essa atitude hermenêutica não faz uso do método como critério distintivo da ciência; ao contrário, tenta estabelecer uma relação de pertinência entre o método e o resultado final obtido. Noutros termos, a posição metodológica adotada tem por meta conduzir a resultados plausíveis e esclarecedores do objeto investigado, ou, como diria Eric Voegelin (1982, p. 20),

A ciência parte da existência pré-científica do homem, de sua participação no mundo com o seu corpo, sua alma, seu intelecto e seu espírito, e da apreensão primária de todos os domínios da existência, que lhe é assegurada porque a própria natureza humana é a síntese desses domínios. E dessa participação cognitiva primária, prenhe de paixão, nasce o caminho árduo, o *methodos*, rumo à contemplação desapixonada da ordem da existência, que constitui a essência da atitude teórica.

Nesse sentido, o método utilizado parte do pressuposto de que as transformações sofridas no mundo contemporâneo impõem uma reanálise do texto normativo brasileiro, a Lei de Refugiados, com o fito de adequar sua interpretação à própria ampliação do conceito de refugiados. A pesquisa, dessa forma, não se encarcera no método dedutivo comum aos estudos jurídicos. E tampouco faz desse método a única razão de ser da sua teorização. O método, nesse caso, pressupõe uma análise do conceito de refugiados para, em seguida, considerar uma alteração fundamental nessa categoria: a inclusão dos refugiados ambientais. Não há como dissociar o problema central dos refugiados ambientais, problema esse que extrapola os estreitos limites das fronteiras nacionais, com o tratamento que deve ser dado a esses indivíduos por parte das ordens jurídicas estatais e, em especial, pelo Estado brasileiro. A simples aplicação dos direitos fundamentais, nesses casos, exige uma adequação da teleologia normativa aos novos tempos. E esses novos tempos demandam uma harmonização entre os princípios da segurança nacional e da dignidade humana. Em que medida o princípio da dignidade humana, nela compreendida o direito a um ambiente saudável e não hostil à sobrevivência dos seres humanos, coaduna-se com a necessidade de os Estados preservarem a segurança nacional? Essa é a questão central deste trabalho. E tal questão é tratada tanto indutivamente quanto de maneira dedutiva, uma vez que não existem, ainda, dados empíricos confiáveis sobre refugiados ambientais no Brasil.

1 O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um mundo privado de sentido. Nem sempre os lugares comuns são bem-vindos quando se trata de efetuar uma análise de um ramo do conhecimento que ainda não adquiriu um *status* ontológico, sobretudo no âmbito das ciências sociais. No Direito Internacional, contudo, a despeito de sua consolidação como uma disciplina jurídica autônoma, com objeto e método delimitados, os lugares comuns tornaram-se a característica mais evidente das análises efetuadas sobre os rumos da sociedade internacional. Afirmar que a sociedade internacional contemporânea está privada de sentido resulta quase num truísmo. Um truísmo necessário, poder-se-ia dizer, especialmente se se considerar a velocidade das transformações do cenário político internacional.

A queda do muro de Berlim marcou o final de uma era de polari-

zação das esferas de influência na política internacional. As mudanças na economia capitalista são o reflexo de um processo de atomização e crescimento dos particularismos, fatores que dificultam a constituição de um sistema jurídico-político verdadeiramente internacional. O modelo estatal de origem ocidental tem sido posto em cheque, permitindo o aparecimento de outros agentes na cena internacional e estabelecendo uma ruptura fundamental com os modelos teóricos tradicionais, que tentavam classificar as relações internacionais a partir de pares antitéticos como Norte-Sul, Ocidente-Oriente, primeiro mundo e terceiro mundo (SERNACLENS, 1998).

A mundialização - ou globalização, como preferem alguns - constitui, assim, o espaço propício para as indeterminações de sentido e de significados. Confrontados com essa realidade, os Estados terão, doravante, que lidar com um vazio institucional que não mais se assenta em ideologias e utopias preestabelecidas, instaurando-se, de certa forma, uma crise de autoridade, legitimidade e representação que se faz sentir nos organismos multilaterais, como a Organização das Nações Unidas - ONU.

O crescimento da ONU, nas últimas décadas, contrasta com a enorme diversidade de problemas que a agenda internacional impõe aos países-membros e os frágeis mecanismos desenvolvidos pela própria instituição para sua resolução. O fim da Guerra Fria, o acirramento dos conflitos no Oriente Médio, as duas guerras do golfo, a política intervencionista americana, a adoção de políticas de combate à fome, à miséria e às desigualdades sociais do terceiro mundo, as guerras étnicas da África, o desenvolvimento econômico autossustentável e a preservação dos recursos naturais, a guerra contra o terrorismo foram temas enfrentados pela comunidade internacional ao longo destas cinco décadas, com resultados nem sempre satisfatórios. Não há o que comemorar, diriam os mais céticos. Não é verdade.

Os mais apressados insistem em afirmar que a atual constituição da ONU, em especial do Conselho de Segurança, possibilita apenas a imposição e a consolidação da política intervencionista americana. Além disso, propaga-se aos quatro ventos a ideia de que a inexistência de uma instância supranacional capaz de exigir o cumprimento das normas de Direito Internacional e das decisões do próprio Conselho de Segurança enfraquece o papel desempenhado pelas Nações Unidas. De onde retirar a coercitividade necessária para o cumprimento das decisões do Conselho? Como obrigar potências nucleares tão díspares como os Estados Unidos e a Índia, por exemplo, a aceitar uma solução pacífica dos conflitos internacionais

em que eventualmente estejam envolvidos? A resposta a essas perguntas é, quase sempre, temperada por uma boa dose de “pré-conceitos” ou “pré-noções” ideologizadas, que mascaram a real natureza do problema.

Aos países subdesenvolvidos resta atribuir ao imperialismo, ao colonialismo e a tantos outros “ismos” a responsabilidade pelos problemas e mazelas sociais que são incapazes de resolver. Aos países ricos resta adotar uma política que preserve seus interesses econômicos sem provocar uma ruptura no aparente equilíbrio de forças que ainda persiste nas relações internacionais ou, pelo menos, ainda persistia até os atentados de 11 de setembro. Em política internacional, deve-se ponderar apenas sobre o possível. Sendo uma instância em que as decisões políticas exigem a conciliação de interesses divergentes, a Organização das Nações Unidas constitui-se no principal - senão o único - foro de discussão dos problemas que afligem a comunidade internacional. Não se inventou ainda outro modelo, ou pelo menos não se inventou um modelo mais eficaz de solução desses problemas. A possibilidade de reforma da atual composição do Conselho de Segurança acena com a possibilidade de uma maior democratização das decisões.

No entanto, parece ingênuo imaginar que as relações entre Estados se pautam por intenções altruísticas e estão fundadas no conceito de cortesia internacional (*comitas gentium*), desenvolvido ainda no século XVII pelos juristas holandeses. A lógica pragmática das relações internacionais, contudo, põe em jogo interesses menos nobres. À ONU competirá, então, lidar com a esfera do possível. Quando a comunidade internacional não consegue resolver de maneira eficaz as suas mazelas, o problema não está no modelo de resolução adotado ou na fragilidade da instituição, mas na atuação dos agentes políticos da cena internacional.

A maneira como os governos em particular irão lidar com as transformações de ordem política, econômica, tecnológica, cultural e social que se processam em escala global definirá o papel que os Estados desempenharão na balança de poder nesta primeira década do século XXI. Essas mudanças não se fazem sentir sem que alterem radicalmente a conformação da ordem jurídica internacional e as relações que esta mantém com os ordenamentos jurídicos internos. O Direito Internacional, público ou privado, e o Direito Constitucional aproximam-se, inevitavelmente, para constituir uma disciplina aparentemente autônoma, um ramo do conhecimento jurídico que não busca regrad e regulamentar os efeitos produzidos pelas normas jurídicas internacionais nas jurisdições intraestatais,

mas tenta delimitar um espectro de projeção e aplicação das normas constitucionais para além das fronteiras estatais.

Sobre as discussões acerca das transformações do Direito Internacional pós-moderno Erik Jayme (1995 e 2000) e Alain Pellet (2004) destacam que a distinção entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado assenta-se na clássica diferenciação entre os dois grandes ramos do Direito: o Direito Público e o Direito Privado. Enquanto o Direito Internacional Público consistiria no conjunto de regras aplicáveis à sociedade internacional e às relações que os sujeitos dotados de personalidade jurídica internacional mantêm entre si, o Direito Internacional Privado resultaria num conjunto de normas, quase sempre de caráter interno, capaz apenas de indicar a lei aplicável às relações jurídicas conectadas a mais de um ordenamento jurídico. Essa distinção não mais se aplica ao moderno Direito Internacional. Como será demonstrado a seguir, os métodos de solução de conflitos de lei desenvolvidos pelo Direito Internacional Privado têm influenciado os meios de solução de controvérsias entre Estados utilizados pelo Direito Internacional Público. Além disso, a aplicação do direito estrangeiro no âmbito de determinada jurisdição encontra, nos princípios e valores oriundos do Direito Internacional Público, um fator de limitação.

O Direito Constitucional Internacional seria, portanto, a resultante de um processo de aproximação contínua entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Como afirma Celso Mello (2000, p. 36),

O D. Constitucional Internacional é a tentativa de adaptação da Constituição à ordem jurídica internacional que se sobre põe a ela. A Constituição é a manifestação da soberania estatal e o DIP a sua negação ou, pelo menos, a sua crescente limitação. A nosso ver, não existe um D. Constitucional Internacional por falta de um objeto definido e de um método próprio. O que existe são normas constitucionais de alcance internacional que devem ser analisadas em cada caso, procurando compatibilizar os dois ramos da ciência jurídica.

Tal afirmação enseja uma tomada de posição em relação à delimitação do objeto do Direito Constitucional Internacional. O próprio Celso Mello assume uma postura pessimista quanto à sua existência como uma disciplina autônoma. A ausência de um objeto definido e a inexistência de um método próprio retirariam do Direito Constitucional Internacional o *status* epistemológico de que se revestem outros ramos do Direito. “Sim-

plificação, síntese ou comodismo” (MELLO, 2000, p. 36) seriam as razões que levariam o Direito Constitucional Internacional a ser assim denominado, caracterizando uma imprecisão técnica na delimitação de seu objeto. Essa é, contudo, como o próprio Celso Mello reconhece, uma questão em aberto. Afirmar que o Direito Constitucional Internacional seria, dessa forma, uma simples subdivisão do Direito Constitucional talvez não se afigure como a saída mais adequada para a solução do impasse.

O Direito Constitucional Internacional consistiria apenas num conjunto de regras constitucionais nacionais que, em razão do seu conteúdo, apresentariam uma eficácia internacional. Essa ideia não é nova, tendo sido defendida por autores como Mirkine-Guetzévitch e o próprio Celso Mello (MELLO, 2000). No entanto, assim como o Direito Internacional Privado não pode ser classificado exclusivamente como um direito interno, como um conjunto de regras de sobredireito, pertencentes ao ordenamento jurídico interno dos Estados, que se limitam a indicar o direito aplicável às situações jurídicas vinculadas a duas ou mais ordens jurídicas em razão da presença de um elemento estrangeiro, o Direito Constitucional Internacional não deverá ser considerado uma simples faceta do Direito Constitucional dos Estados.

A concepção tradicional não estaria equivocada se aplicada a uma sociedade internacional na qual a noção de soberania estatal ainda apresentasse os contornos políticos característicos do primeiro pós-guerra do século XX. Nesse caso, na relação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, a prevalência do primeiro sobre este último fundava-se na ideia de que o poder soberano do Estado apenas o vincularia às normas jurídicas internacionais se houvesse uma manifestação volitiva. O Direito Internacional resultaria, assim, de um voluntarismo estatal, expressão máxima de uma autonomia calcada nos rígidos conceitos de soberania e de autodeterminação. O núcleo do Direito Constitucional Internacional estaria adstrito, portanto, à conclusão dos tratados, à declaração de guerra e à celebração da paz. Esse núcleo mínimo possibilitaria a identificação do objeto do Direito Constitucional Internacional. No entanto, seu caráter minimalista finda por retirar desse objeto a necessária autenticidade, transformando o Direito Constitucional Internacional numa mera faceta do Direito Constitucional.

Como se pode observar, o problema central reside no olhar lançado sobre as relações que se estabelecem entre o direito interno dos Estados, em especial o Direito Constitucional, e as normas jurídicas inter-

nacionais. Considerando-se a política internacional das primeiras décadas do século XX, seria natural que a noção de soberania estatal impusesse ao Direito Internacional um lugar menos nobre, priorizando a preservação dos interesses particulares dos Estados em detrimento dos interesses da comunidade internacional. Do ponto de vista jurídico, esse processo conduziu a uma descentralização normativa característica do Direito Internacional clássico, e nem sempre o Direito Internacional, quando confrontado com as normas internas dos Estados, assumiu uma posição de primazia.

É possível, pois, efetuar defesa de um Direito Constitucional Internacional como campo autônomo, dotado de um objeto delimitado e com uma metodologia própria? A resposta a esta questão deverá levar em consideração o papel que os Estados desempenham na sociedade internacional contemporânea; deverá considerar, sobretudo, como a noção de soberania, tão cara ao Direito Constitucional, uma vez reformulada pode constituir-se num importante instrumento de consolidação de uma integração mais efetiva entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. Além disso, tal aproximação não se poderá efetuar sem o auxílio do Direito Comparado. Somente a realização de macrocomparações entre os sistemas jurídicos permitirá a constituição de um cabedal teórico capaz de dotar o Direito Constitucional Internacional de autonomia como ramo do Direito.

A distinção anteriormente efetuada pela Ciência Política entre a esfera da política interna do Estado e o campo das suas relações internacionais não mais encontra contornos tão nítidos. Essa distinção, outrora sedutora, cede espaço para a constatação da existência de elementos externos que, cada vez mais, influenciam na formação dos Estados, exigindo assim uma abordagem “globalista” das relações internacionais. Pierre de Sernaclens (1998, p. 6) admite que a política interna dos Estados não poderá ser analisada fora de seu contexto internacional:

On admet que la politique étatique ne peut pas être analysée en dehors de son contexte international. Réciproquement, la politique étrangère et la stratégie des États sont de plus en plus tributaires de contraintes politiques intérieures, surtout si ceux-ci comprennent des minorités ou des groupes ethniques revendiquant une autonomie ou affirmant des tendances sécessionnistes. En réalité, l'imbrication des sphères politiques nationale et internationale a toujours été forte, mais elle n'a cessé de se renforcer : les États ne sont pas en mesure d'atteindre leurs objectifs, dans quelque domaine que ce soit, sans instaurer et soutenir des institutions vouées à la

coopération intergouvernementale.¹

O ceticismo em relação à existência de um Direito Constitucional Internacional repousa, portanto, na constatação de que o Direito Internacional e o Direito Constitucional constituem ordens jurídicas independentes, não importando ao Direito Internacional o que preceituam os ordenamentos jurídicos internos. O Direito Constitucional Internacional consiste nas normas constitucionais que regulam as relações exteriores do Estado. Ora, há casos em que o próprio Direito Internacional irá fixar o conteúdo da norma constitucional, como nas hipóteses do art. 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nas quais caberá ao Direito Internacional definir o conteúdo de expressões como “autodeterminação dos povos” e “não intervenção”:

Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único - A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

¹ Admite-se que a política estatal não pode ser analisada fora do seu contexto internacional. Reciprocamente, a política estrangeira e a estratégia dos Estados são cada vez mais tributárias de obrigações políticas internas, sobretudo se estas compreendem as minorias ou grupos étnicos que reivindicam uma autonomia ou afirmam tendências secessionistas. Na realidade, a imbricação das esferas políticas nacional e internacional sempre foi forte, mas não cessou de se reforçar: os Estados não atingirão seus objetivos, qualquer que seja o domínio, sem instaurar e sustentar instituições devotadas à cooperação intergovernamental. (Tradução nossa)

A reticência com que a doutrina brasileira trata a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional é emblemática. Considerando-se, por exemplo, uma área que apenas recentemente tem despertado o interesse dos internacionalistas, como o sistema de proteção internacional dos direitos humanos, a bibliografia sobre as relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional brasileiro é praticamente inexistente. Flávia Piovesan (2006, p. 18), uma das pioneiras nessa tentativa de aproximação entre os dois campos do Direito, define essa relação como uma “grande ausência”, reportando-se à expressão cunhada por Celso Mello, na qual prevalecem o “divórcio e o silêncio”:

O que se observa, na experiência brasileira, é que os estudiosos do direito constitucional não se arriscam no campo do direito constitucional, e, por sua vez, os que se dedicam a esse direito também não se aventuram no plano constitucional. Ao invés do diálogo, da interação, prevalecem o divórcio e o silêncio. Isso se faz problemático especialmente quando os dois campos do direito revelam o mesmo objeto e a mesma preocupação, no caso, a busca de resguardar os direitos humanos.

Esse divórcio entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional finda por explicar as dificuldades encontradas pela doutrina para delimitar o objeto próprio do Direito Constitucional Internacional. Tais dificuldades, à primeira vista, parecem nascer de uma visão equívoca do grau de tensão, imbricação e interdependência que demarca esses dois campos do Direito. Desconsiderando-se a já superada discussão entre o monismo kelseniano e o dualismo de Triepel na análise das relações entre as ordens jurídicas interna e internacional, certo é que as abordagens efetuadas sobre a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional optam por tomar partido, ora em favor das normas constitucionais e da prevalência destas sobre o Direito Internacional, ora reconhecendo nas regras de Direito Internacional uma força normativa que as sobrepõe ao direito interno dos Estados, submetendo-o aos seus preceitos.

Enquanto o Direito Constitucional está fundado na noção de soberania estatal, o Direito Internacional parece constituir-se a partir da negação dessa mesma soberania. Numa sociedade marcada pela fragmentação das relações políticas e por uma intensa integração econômica, social e cultural, ancorada no desenvolvimento dos meios tecnológicos de transmissão e difusão de dados e informações, o que Manuel Castells denomina a “sociedade em rede” (CASTELLS, 2002), qualquer tentativa de

adotar uma postura maniqueísta parecerá insuficiente. “*In medium virtus*”. A aproximação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional não poderá prescindir de uma abordagem interdisciplinar, capaz de abarcar a complexidade das relações interestatais e, mais ainda, não poderá restringir-se à análise do direito interno e de sua projeção extraterritorial. Para tanto, a teoria das relações internacionais pode constituir-se num importante instrumento teórico que irá auxiliar tanto internacionalistas quanto constitucionalistas.

Conforme Pierre de Sernaclens (1998, p. 6),

Selon le droit international public, la souveraineté signifie la prérogative de n'importe quel État d'instaurer ses propres dispositions constitutionnelles et de se doter d'un gouvernement agissant en accord avec ces dispositions fondamentales. Ce principe est inscrit dans la charte d l'Organisation des Nations Unies (ONU) qui affirme, dans son article 2, l'égalité souveraine des États. Leur personnalité juridique, leur intégrité territoriale, et leur indépendance politique doivent être respectées par lés membres de la Communauté internationale.²

As relações entre Estados pressupõem a adoção de um modelo teórico capaz de explicar e, em certo sentido, de prever, com certa dose de confiabilidade, a ocorrência de determinados fenômenos no âmbito da sociedade internacional. A inexistência de um organismo supranacional que se ponha acima dos Estados constitui, dessa forma, um dos principais entraves ao pleno desenvolvimento do Direito Internacional. Assim ocorre porque, na sociedade internacional, os Estados põem-se em situação de igualdade jurídica, organizando e coordenando suas ações a partir do reconhecimento comum de que cada país atua soberanamente em sua própria esfera territorial. Essa relação de coordenação, própria do Direito Internacional, não se coaduna com a existência de uma instância supranacional capaz de vincular os Estados, submetendo-os, obrigatoriamente, à ordem jurídica internacional.

Como, então, estabelecer um sistema de cooperação eficaz? A solução que se apresenta à primeira vista pode ser encontrada no Direito Comparado. O modelo teórico, reclamado pela sociedade internacional,

² Segundo o direito internacional público, a soberania significa a prerrogativa de, não importa qual seja o Estado, instaurar suas próprias disposições constitucionais e dotar-se de um governo que age de acordo com essas disposições fundamentais. Esse princípio está inscrito na Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) que afirma, em seu artigo 2º, a igualdade soberana dos Estados. Sua personalidade jurídica, sua integridade territorial e sua independência política devem ser respeitadas pelos membros da Comunidade internacional. (Tradução nossa)

capaz de explicar as transformações por que passam as ordens jurídicas internas e as relações que os Estados mantêm na ordem internacional poderá ser fornecido com o auxílio do Direito Comparado. Nenhum processo de integração econômica pode prescindir de um mínimo de uniformização legislativa. Tampouco se pode imaginar a projeção das regras constitucionais internas dos países no âmbito internacional sem que haja um mínimo de uniformidade no tratamento dessas regras.

2 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E OS REFUGIADOS

Os direitos humanos fundamentais são revestidos de uma lógica que busca a consolidação da dignidade humana, invocando uma plataforma favorável à sua proteção (PIOVESAN, 2006). Assim, os direitos essenciais e fundamentais surgem por meio de uma construção histórica que visa à proteção da dignidade da pessoa humana (COMPARATO, 2007), sendo esse princípio o aspecto norteador dos direitos fundamentais. A CR/88 reconhece os direitos humanos fundamentais com o objetivo de proteger a dignidade essencial da pessoa humana, ou seja, os direitos fundamentais exigem uma coesão que não é obtida pelo estabelecimento de prioridades, uma vez que devem ser construídos dialeticamente em observância do princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012).

A CR/88 elegeu como os direitos e garantias fundamentais, no Brasil, os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e o regramento dos partidos políticos (SARLET, 2012).

Nesse contexto, percebe-se que há uma primazia dos direitos fundamentais em relação aos demais direitos (ALEXY, 2008). Na CR/88 (art. 1º, III), tal primazia é evidente, dado o grau de importância atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana erigido à condição de princípio fundamental do Estado brasileiro. Esse princípio atua, assim, como valor unificador dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Flávia Piovesan (2013, p. 85-87) afirma que

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento

básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora. [...] nesse sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

Assim, percebe-se claramente que o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais constituem os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o ordenamento jurídico nacional (PIOVESAN, 2013).

Cumprе salientar que a eficácia jurídica e social dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais do Estado depende, em regra, de sua recepção na ordem jurídica interna, bem como do *status* jurídico que for atribuído a esses direitos; caso contrário, tais direitos careceram da necessária cogência. Desse modo, a efetivação de determinados direitos humanos encontra-se na dependência de seu reconhecimento pelo Estado para que passe a ser parte integrante dos direitos fundamentais (SARLET, 2012).

Com o advento da incorporação dos direitos humanos na ordem interna de um Estado, nota-se claramente que todos os indivíduos que se encontram inseridos na área territorial desse Estado passam a ser titulares, podendo reivindicar esses direitos (BOBBIO, 1992). Assim, no caso do Brasil, tanto brasileiros quanto estrangeiros são titulares de direitos e garantias fundamentais no âmbito do território nacional, conforme preconizado pelo art. 5º, *caput* da CR/88. (RAMOS, 2008; TIBURCIO, 2008)

No que tange à questão dos refugiados, é importante realizar um breve histórico acerca da efetivação desses direitos na ordem internacional e interna. Primeiramente, o direito internacional dos refugiados surge da necessidade de garantir proteção às pessoas que se veem obrigadas a fugir do seu país de origem em virtude de situações em que haja perseguição à sua vida e/ou liberdade por motivo de raça, religião, opinião política, pertencimento a um determinado grupo social ou em razão de larga violação aos direitos humanos (SOARES, 2012).

Desse modo, percebe-se a evidente correlação existente entre o direito internacional dos refugiados e a proteção dos direitos humanos, tendo em vista que aquele é uma das vertentes do direito internacional dos direitos humanos (STEINER, 2008). Nesse sentido, o *status* de refugiado

é atribuído àquela pessoa que se encontre em situação em que seus direitos humanos estão ameaçados (PIOVESAN, 2001).

Assim, em razão do fenômeno de êxodos e fluxos maciços de pessoas, as necessidades de que fossem desenvolvidos mecanismos de proteção e assistência a essas pessoas foram se apresentando cada vez mais concretas no decorrer dos anos, sendo essas necessidades, portanto, catalisadores para a ocorrência de uma maior aproximação entre os direitos humanos e o direito dos refugiados (CANÇADO TRINDADE, 1996).

Ademais, é necessário destacar que a Declaração e o Programa de Ação de Viena (1993) qualificaram os direitos humanos como sendo universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. Nesse sentido, observa-se que às normas de Direito Internacional dos refugiados são atribuídas as mesmas características, uma vez que esses dois instrumentos de proteção dos direitos humanos nada mais são do que uma vertente especializada do Direito Internacional dos direitos humanos (SOARES, 2012). Assim, denota-se claramente que aos refugiados também é aplicado o sistema universal de proteção dos direitos humanos, além do seu próprio sistema específico de proteção.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o Direito Internacional dos refugiados tem como fundamento o conceito de humanitarismo e os princípios básicos de direitos humanos, tendo sido ele construído sob esses alicerces, de forma gradual e paulatina, na ordem internacional. O refúgio é instituto jurídico internacional de alcance universal e encontra-se regulado na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo de 1967, sendo o Brasil signatário de ambos.

3 A PROTEÇÃO AO REFUGIADO: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE REFUGIADO, A QUESTÃO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO INTERNO

No âmbito internacional, a proteção dos refugiados é realizada por órgãos internacionais e, especialmente, pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR -, responsável pela aplicação e fiscalização da Convenção e do respectivo Protocolo. Assim, o reconhecimento do *status* de refugiado gera obrigações internacionais aos Estados signatários, os quais deverão internalizar, nos respectivos ordenamentos jurídicos internos, as normas de proteção, com o intuito de garantir a efetividade dessa proteção e de promover as políticas necessárias para a inte-

gração dos refugiados em seus respectivos territórios.

Desse modo, nota-se que a codificação da questão que envolve os refugiados no Direito Internacional e a ratificação, pelos Estados, dos respectivos tratados internacionais eliminou o tema da discricionariedade que o revestia anteriormente, visto que os Estados signatários se encontram vinculados a uma obrigação internacional, restringindo a margem para o exercício do poder político.

A definição de refugiado está contida no art. 1º, alínea “c”, parágrafo 2º, da Convenção de 1951:

Art. 1º - [...]

Parágrafo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa:

c) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Parágrafo 2º. Para fins da presente Convenção, as palavras “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951”, do artigo 1º, seção A, poderão ser compreendidos no sentido de ou

a) “Acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa”.

b) “Acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa ou alhures.”

Posteriormente, essa definição foi ampliada pelo Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, no tocante ao limite temporal e geográfico, ou seja, permitindo que os dispositivos da Convenção pudessem ser aplicados aos refugiados, desconsiderando-se a data-limite equivalente a 1º de janeiro de 1951; e que esses dispositivos fossem aplicados aos refugiados em todo o mundo.

No entanto, cumpre destacar que a definição apresentada no contexto do Direito Internacional está revestida apenas dos padrões mínimos que devem ser atendidos para que uma pessoa possa ser considerada refugiada (SOARES, 2012). Assim, a ampliação do conceito pelos Estados é perfeitamente possível, em virtude das necessidades e situações que surgirem com o decorrer do tempo e que não se enquadrem nessa definição

mínima.

Nesse contexto, a Declaração de Cartagena das Índias, de 1984, pode ser utilizada como exemplo. Esse documento tinha por objetivo a proposição de medidas que garantissem maior proteção aos refugiados provenientes da região centro-americana, devido à grave crise e a violações de direitos humanos que ocorriam nessa região e que geraram um elevado número de refugiados (CARNEIRO, 2012).

A Declaração de Cartagena foi responsável pela ampliação da definição de refugiados no contexto da América Latina, para abranger as pessoas que se veem obrigadas a fugir de seus países em decorrência da violência generalizada, da agressão estrangeira ou da larga violação dos direitos humanos. Vale salientar que a definição ampliada deve ser considerada complementar à definição clássica, na qual uma não exclui a outra, sendo essa ampliação um instrumento de adaptação da normativa internacional às realidades regionais e assegurando uma proteção mais ampla (PIOVESAN, 2001).

A proteção internacional aos refugiados tem por objetivo o auxílio jurídico e material a pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade. Nesse contexto, por se tratar de questões que envolvem direitos humanos fundamentais, a utilização do critério de interpretação *pro homine* aos refugiados deve apresentar-se de maneira destacada. Conforme explica André de Carvalho Ramos (2015), a interpretação dos Direitos Humanos sempre deve ser aquela que mais favoreça ao indivíduo, sendo esse reconhecimento quanto à superioridade das normas de Direitos Humanos o vetor principal para a aplicação do conceito de interpretação *pro homine*.

Da mesma forma, é importante ressaltar a aplicação do conceito de proibição da proteção deficiente/insuficiente que está diretamente interligado com a noção de interpretação *pro homine*. De acordo com Ramos (2015, p. 111-112),

O princípio da proporcionalidade possui ainda uma dimensão positiva, que consiste na proibição da proteção insuficiente a um determinado direito. Assim, ao mesmo tempo em que o Estado não se pode exceder no campo dos direitos humanos (dimensão negativa, proibição do excesso ou *Übermassverbot*), também não se pode omitir ou agir de modo insuficiente (proibição da insuficiência ou *Untermassverbot*). Por exemplo, o Estado, ao descriminalizar graves ofensas a direitos fundamentais (por exemplo, tortura), agiria contra a Constituição, pois a tutela penal seria considerada essencial para a adequada proteção desses bens jurídicos graças ao seu

efeito dissuasório geral e específico.

Consequentemente, a proporcionalidade consiste não só em um instrumento de controle das restrições a direitos, mas também de controle da promoção a direitos. Essa atuação de proibição da proteção insuficiente decorre do reconhecimento dos deveres de proteção, fruto da dimensão objetiva dos direitos humanos. A proporcionalidade, então, tem função dúplice: serve para que se analise eventual “restrição em demasia”, mas também serve para que se verifique se houve “proteção deficiente” dos direitos. No Estado Democrático de Direito, no qual o Estado deve intervir na vida social para assegurar uma sociedade justa e solidária (art. 3º da CF/88), a proibição de insuficiência fixa um mínimo de proteção adequada, necessária e proporcional em sentido estrito a um direito, que sofre a omissão do Estado ou mesmo colisão com outros direitos.

Conforme visto anteriormente, ao ratificarem a Convenção de 1951 e/ou o Protocolo de 1967, os Estados vinculam-se à obrigação internacional de proteger os refugiados, observando todos os princípios e normas contidos nos respectivos documentos e os direitos humanos, de maneira geral. (JUBILUT, 2007)

A proteção aos refugiados, no Brasil, uma vez que o país é signatário de ambos os documentos, é regulada pela Lei n. 9.474/97, responsável pela definição dos mecanismos de proteção e regulamentação de direitos inerentes aos refugiados. Apesar de ser um marco importante na proteção aos refugiados e de ser reconhecida como modelo a ser seguido por outros países no decorrer dos quase 20 (vinte) anos de sua vigência, a lei brasileira apresenta certas dificuldades na concreção e efetivação de direitos que devem ser assegurados aos refugiados.

Inicialmente, com relação à própria definição de refugiado, a legislação brasileira encontra certas dificuldades. Muito embora a definição contida na Lei n. 9.474/97 seja aquela ampliada pela Declaração de Cartagena de 1984, essa definição não abrange os chamados “refugiados ambientais”, fenômeno que traz grandes consequências jurídicas, tanto para o Estado quanto para os indivíduos.

Cumprе ressaltar que a determinação do *status* de refugiado é meramente declaratória, ou seja, não possui o efeito de atribuir a condição de refugiado a alguém, mas tão somente de reconhecer essa condição já existente, tendo em vista que uma pessoa não se torna refugiado porque é reconhecida como tal, mas é reconhecida como tal porque é refugiado (ACNUR, 1992).

Nesse sentido, a ausência de simpatia da literatura jurídica em face da questão que envolve os “refugiados ambientais” não condiz com os princípios que norteiam o direito inerente aos refugiados, em especial a dignidade humana. A argumentação recorrente para a não abrangência desses indivíduos no contexto de refugiados é a de que, uma vez que tanto a Convenção de 1951 quanto a legislação brasileira reconhecem apenas um rol delimitado de pessoas, entre as quais não está inserido o migrante forçado, induzido por motivos ambientais, o Estado não reconhece o *status* de refugiado para essas pessoas. (CLARO, 2011)

No entanto, conforme foi mencionado anteriormente, esse fato não constitui empecilho para que haja a ampliação unilateral, pelo Estado, da definição de refugiado, visto que a definição contida nos documentos internacionais apenas está revestida dos padrões mínimos que devem ser atendidos para que uma pessoa possa ser considerada refugiada.

De acordo com Myers (2005, p. 1), “refugiados ambientais” são

people who can no longer gain a secure livelihood in their homelands because of drought, soil erosion, desertification, deforestation and other environmental problems, together with associated problems of population pressures and profound poverty. In their desperation, these people feel they have no alternative but to seek sanctuary elsewhere, however hazardous the attempt. Not all of them have fled their countries, many being internally displaced. But all have abandoned their homelands on a semi-permanent if not permanent basis, with little hope of a foreseeable return.³

Igualmente, Essam El-Hinnawi (1985, p. 4) já havia alertado, ainda em 1985, para o aumento do número de migrantes deslocados por questões de catástrofes ambientais, em relatório para o Programa das Nações Unidas para Meio Ambiente - PNUMA. Na oportunidade, esse autor designou como “refugiados ambientais” essa categoria de migrantes, definindo-os como “[...] *those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardised their existence and/or seriously affected the quality of their life*”⁴.

3 Pessoas que já não conseguem ter uma vida segura em seus países em razão de seca, erosão do solo, desertificação, desflorestamento e outros problemas ambientais associados à pressão populacional e extrema pobreza. Em seu desespero, essas pessoas não encontram alternativas senão buscar refúgio em outro lugar, mesmo que a tentativa seja perigosa. Nem todos deixam seus países; muitos se deslocam internamente, mas todos abandonam suas casas temporária ou permanentemente, com pouca esperança de retorno. (Tradução nossa)

4 “[...] Pessoas que foram forçadas a deixar seu habitat natural, temporária ou permanentemente, em

Nesse sentido, Cançado Trindade (1993) critica o não reconhecimento do *status* de refugiado aos “refugiados ambientais”, uma vez que as pessoas deslocadas em circunstâncias relacionadas a desastres ambientais constituem uma categoria que requer cuidadosa atenção e podem apresentar maior necessidade de proteção do que os refugiados que deixaram o país; e assim, tais pessoas podem bem afigurar-se como deslocadas para o propósito de proteção sob o Direito Internacional dos refugiados.

Torna-se necessário o estabelecimento de um estatuto jurídico para os “refugiados ambientais”, pois pretende-se “efetivar uma nova e específica categoria de proteção à pessoa humana, em virtude de migrações forçadas, ocasionadas por questões eminentemente ambientais” (PEREIRA, 2009, p. 115).

No Brasil, atualmente, a questão dos “refugiados ambientais” tem sido tratada à margem da lei de proteção ao refúgio, sendo concedidos vistos de residência por questões humanitárias. Essa solução surgiu da Resolução Recomendada n. 8 do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), de dezembro de 2006, sendo acatada pelo Comitê Nacional para Refugiados - Conare - em março de 2007. A resolução estabelece que o Conare encaminhe ao CNIg os casos que não preencham os requisitos de elegibilidade previstos na Lei n. 9.474/97, mas determina também que, em decorrência de questões humanitárias, o Conare entenda como adequada a autorização de permanência legal.

Nesse contexto, percebe-se que não se trata de um mecanismo que possa ser solicitado pelo próprio estrangeiro, uma vez que exige uma iniciativa do Conare. Desse modo, essa solução pode ocasionar grave problema para a ordem jurídica interna, considerando que a concessão de visto humanitário, nesses casos, não é uma solução definitiva, podendo gerar futuros prejuízos. Assim, torna-se necessária uma regulamentação quanto à matéria, observando-se os princípios dignidade da pessoa humana e a questão inerente à segurança nacional.

4 A LEI DE REFÚGIO NACIONAL E OS DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A ausência de mecanismos, na Lei de Refúgio, que garantam maior amplitude na efetividade dos direitos sociais econômicos e cultu-

razão de uma determinada ruptura ambiental (natural ou ocasionada pelo homem), que ameaçou sua existência ou seriamente afetou sua qualidade de vida” (Tradução nossa)

rais aos refugiados é, decerto, um ponto que merece destaque. A previsão expressa desses direitos na lei, acompanhada da respectiva positivação de mecanismos para ampliar sua efetividade, criará a obrigação, por parte do poder público, de direcionar políticas públicas gerais para atender à prestação desses direitos. Conforme Andreas Joachin Krell (2002), os direitos fundamentais sociais exigem do poder público prestações materiais no intuito de que sejam efetivados, sendo essa efetivação dependente da disponibilidade de recursos públicos.

No entanto, em virtude da ausência desses mecanismos na legislação, as políticas públicas destinadas a atender esses direitos fundamentais existem, de forma espaçada, pelas regiões do Brasil. Um exemplo (CARLET; MILESI, 2006) é a Resolução n. 03/98, da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG -, que permite o acesso dos refugiados aos cursos de nível superior por meio da documentação emitida pelo Conare. A Universidade assegura, ainda, bolsa de manutenção, apoio psicológico, acesso a programas de moradia e estágios remunerados.

No caso, observa-se claramente que, embora essa política pública seja excelente e condizente com os princípios que permeiam os direitos que devem ser assegurados aos refugiados, ela não se expandiu para o restante das universidades federais, uma vez que não se trata de uma política pública estabelecida em caráter geral.

Nesse sentido, podem ser citados alguns exemplos de direitos sociais que devem ser efetivados de modo mais geral: a) educação, no tocante, essencialmente, ao aprendizado da língua portuguesa, por exemplo, por meio da criação de mecanismos legais de facilitação da inserção dos refugiados nas universidades públicas, para que eles possam aprender o idioma; b) moradia, no que concerne especialmente à criação de mecanismos que, por exemplo, flexibilizem a exigência de documentações e facilitem a inserção desses refugiados nas políticas públicas de aquisição de imóveis.

Com relação às políticas públicas, Pacífico (2010, p. 358) as define como sendo “as políticas realizadas pelo governo, diretamente ou por intermédio de agentes autorizados, visando à melhoria da qualidade de vida da população-alvo daquelas políticas”. Ademais, para Marques (2006, p. 29), “cabe ao governo facilitar o acesso de famílias refugiadas a programas públicos sociais que beneficiem grupos de baixa renda, desde que seja viável sua inclusão”.

Da mesma forma, a ausência de previsão expressa dos direitos

sociais, econômicos e culturais é, decerto, preocupante, pois, havendo a reforma dos diplomas legais internacionais que resulte na perda da validade da Convenção de 1951, os refugiados ficarão sem essa proteção complementar durante o lapso temporal necessário para a recepção da nova normativa internacional (SOARES, 2012).

De modo simplificado, o procedimento para a solicitação de refúgio no Brasil é dividido em quatro fases: 1) consiste na solicitação do refúgio à Polícia Federal; 2) ocorre a análise do pedido realizado pelas Cáritas Arquidiocesanas; 3) decisão proferida pelo Conare e, caso negado o reconhecimento da condição de refugiado, abre-se a 4) consistente no direito de recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de quinze dias, contado do recebimento da notificação.

Diante do exposto, percebe-se que o prazo estipulado na lei é apenas voltado para fins de recurso, ou seja, apesar de ter caráter de urgência e de ser um procedimento administrativo, devendo observância ao princípio da eficiência, não há prazo específico definido na Lei de Refúgio para a emissão das decisões do Conare. Assim, tal situação pode ensejar a não observância, por parte do órgão, dos princípios que norteiam a concessão de refúgio e das regras referentes ao processo administrativo federal constante da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Conforme a legislação,

[...]

Art. 24 - Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.

Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.

Dessa forma, uma vez que o processo de reconhecimento do *status* de refugiado é inteiramente administrativo, e não há estipulação de prazo específico na legislação de refúgio, em tese, deveria ser aplicado o disposto na lei de processo administrativo em questão, sob pena de afronta aos princípios da legalidade, da razoável duração do processo e da eficiência, que regem a administração pública.

Todavia, considerando o caráter diferenciado de que se reveste o processo de reconhecimento do *status* de refugiado, a automática aplicação da regra contida na supracitada lei de processo administrativo sem a observância e correlação harmoniosa com o princípio da dignidade da

pessoa humana e com a noção de segurança nacional pode, igualmente, desencadear situações em que ficariam prejudicadas as inúmeras análises que devem ser realizadas antes que sejam proferidas as decisões.

Assim, a estipulação de um prazo específico na referida legislação apresenta-se de forma urgente, frente às atuais questões que permeiam o direito inerente aos refugiados e a uma atualização da noção de segurança nacional que deve ser aplicada nesses casos.

Importante destacar que, apesar de não estar disposta de forma expressa, na Lei de Refúgio, a apreciação, pelo Judiciário, da decisão do Conare que negar o reconhecimento do *status* de refugiado, essa hipótese se apresenta perfeitamente possível no sistema jurídico brasileiro, uma vez que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, conforme o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CR/88.

Todavia, conforme afirma Liliana Lyra Jubilut (2006, p. 36),

“[...] However, as refugees are foreigners and are not familiar with the Brazilian legal system, the assurance of being able to take their cases to the judiciary seems relevant and a major aspect of the right to an effective remedy for violations of human rights. Besides this, if, in practice, the process is limited to CONARE it is limited to the Executive Branch, which is the most political branch of the state, and the very apolitical nature of the granting of refuge could be in jeopardy. [...]”⁵

Outro grande desafio à concreção dos direitos humanos fundamentais é a ausência de regulamentação específica na Lei de Refúgio para tratar dos casos em ocorram grandes fluxos de refugiados. Carina de Oliveira Soares (2012, p. 111) afirma que

É importante destacar que o procedimento nacional de reconhecimento do status de refugiado foi desenvolvido apenas para analisar solicitações individuais de refúgio; tal procedimento tem sido satisfatório, uma vez que o número de solicitantes de refúgio no Brasil não é muito elevado. Todavia, seria importante que na Lei nacional houvesse a previsão de um procedimento específico a ser adotado para os casos de afluxo maciço de refugiados, a fim de evitar uma crise humanitária em tais situações.

[...]

5 [...] No entanto, como os refugiados são estrangeiros e não familiarizados com o sistema jurídico brasileiro, a garantia de poder levar os seus casos ao judiciário aparece de forma relevante e um importante aspecto do direito para um recurso efetivo contra violações de direitos humanos. Além disso, se na prática o processo é limitado ao CONARE, este é limitado ao âmbito do Executivo, o qual é o âmbito mais político do Estado, e a própria natureza apolítica da concessão de refúgio poderia estar em risco. [...] (Tradução nossa)

Como exemplo dessa necessidade, a autora cita o caso que envolveu solicitantes de refúgio oriundos do Líbano, no ano de 2006. Nessa ocasião, diante da ausência de um procedimento legal específico para os casos de solicitações de refúgio em massa, foi aplicado um procedimento denominado *fast track* (procedimento desenvolvido pelo Conare para uma abordagem de emergência, o qual consiste na análise da solicitação do refúgio em um prazo máximo de 72 horas). (SOARES, 2012)

Todavia, a solução encontrada apenas levou em consideração os interesses do governo brasileiro (de resolver essa problemática de uma forma rápida), fato que, na ocasião, ensejou a não observância dos padrões internacionais de proteção aos refugiados, sobretudo a Conclusão 30 do ExCom (XXXIV) de 1983, que reconhece as graves consequências de uma determinação errada com relação à concessão do refúgio e a consequente necessidade de que tal decisão seja acompanhada das adequadas garantias processuais.

Nesse sentido, conforme a supracitada conclusão, é recomendado que cada caso deva ser analisado individualmente, com a devida atenção a suas particularidades, realizado por uma autoridade competente e que seja garantida uma solução específica. Note-se que, por exemplo, o fato de ter analisado vários casos de um determinado país que não se enquadravam na condição para receber a proteção do refúgio, não pode ensejar o não reconhecimento, de plano, quanto a uma outra pessoa desse mesmo país, sob pena de inobservância das regras e princípios que regem as situações de refúgio no plano interno e no internacional.

Desse modo, percebe-se a necessidade de previsão na lei de refúgio nacional quanto a esses casos, visto que a ausência de regulamentação enseja risco evidente quanto à não observância dos princípios que regem a administração pública, dos direitos fundamentais e das normas internacionais que regem a questão relativa aos refugiados. Igualmente, o risco existe quanto à questão da segurança nacional, em razão da falta de tempo hábil para que seja realizada uma análise efetiva.

5 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEGURANÇA NACIONAL: OS PARÂMETROS ENCONTRADOS NA LEI DE REFÚGIO

Na Lei n. 9.474/97, a ideia de segurança nacional está contida no art. 36 (referente à expulsão do refugiado do território nacional) e no

art. 39, inciso III (referente às causas de perda da condição de refugiado). Muito embora seja uma noção que deve constar de um diploma que trate sobre questões de concessão de refúgio a estrangeiros, a Lei de Refúgio não contém quaisquer parâmetros estabelecidos ou indicação de legislação regulamentadora no que concerne à noção de segurança nacional.

Com relação à noção de segurança nacional, Luiz Paulo Teles Barreto (2010) associa-a com questões que envolvam, por exemplo, a prática de atos terroristas no território nacional ou a organização de grupos com o intuito de praticar atentados contra o país de origem, utilizando o Brasil como território para instalação de uma base de apoio a ataques de qualquer natureza ao país de origem.

Contudo, ainda vigoram no Brasil os parâmetros definidos pela Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983, a chamada Lei de Segurança Nacional, conforme se pode observar da decisão do Supremo Tribunal Federal - STF - colacionada abaixo, quando da aplicação da lei:

RECURSO ORDINÁRIO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL. ARMA DE FOGO DE USO EXCLUSIVO DAS FORÇAS ARMADAS. LEI 7.170/83. CRIME COMUM. I. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que, para configuração do crime político, previsto no parágrafo único do art. 12 da Lei 7.170/83, é necessário, além da motivação e os objetivos políticos do agente, que tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no art. 1º da citada Lei 7.170/83. Precedente: RCR 1.468-RJ, Maurício Corrêa para acórdão, Plenário, 23.3.2000. II. - No caso, os recorrentes foram presos portando, no interior do veículo que conduziam, armas de fogo de uso restrito, cuja importação é proibida. III. - Recurso provido, em parte, para, assentada a natureza comum do crime, anular a sentença proferida e determinar que outra seja proferida, observado o disposto na Lei 9.437/97, art. 10, § 2º. (STF - RC: 1470 PR, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 12/03/2002, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-04-2002 PP-00050 EMENT VOL-02065-02 PP-00301)

Cumprе ressalvar, entretanto, que, até o momento, o STF se pronunciou quanto à não recepção, pela CR/88, somente com relação ao art. 30 da Lei de Segurança Nacional, conforme decisão abaixo relativa ao conflito de competência:

[...] a matéria a ser resolvida neste conflito é saber a que instância compete julgar a acusação da prática do crime do artigo 12 da Lei nº 7.170/83.10. Muito bem.

Tenho que o parecer é de ser acolhido. É que o Plenário desta Suprema Corte, ao se debruçar sobre tema similar ao presente, afastou a competência da Justiça Militar para processar e julgar crimes políticos (anteriormente denominados “crimes contra a segurança nacional”). Reproduzo trecho da do Recurso Criminal 1.468, Redator para o acórdão o ministro Maurício Corrêa: “CRIME POLÍTICO. COMPETÊNCIA. INTRODUÇÃO, NO TERRITÓRIO NACIONAL, DE MUNIÇÃO PRIVATIVA DAS FORÇAS ARMADAS, PRATICADO POR MILITAR DA RESERVA (ARTIGO 12 DA LSN). INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO POLÍTICA: CRIME COMUM. PRELIMINARES DE COMPETÊNCIA: 1ª) Os juízes federais são competentes para processar e julgar os crimes políticos e o Supremo Tribunal Federal para julgar os mesmos crimes em segundo grau de jurisdição (CF, artigos 109, IV, e 102, II, b), a despeito do que dispõem os artigos 23, IV, e 6º, III, c, do Regimento Interno, cujas disposições não mais estão previstas na Constituição. 2ª) Incompetência da Justiça Militar: a Carta de 1969 dava competência à Justiça Militar para julgar os crimes contra a segurança nacional (artigo 129 e seu § 1º); entretanto, a Constituição de 1988, substituindo tal denominação pela de crime político, retirou-lhe esta competência (artigo 124 e seu par. único), outorgando-a à Justiça Federal (artigo 109, IV). (...) 11. Nessa mesma linha de orientação, cito os seguintes precedentes: HCs 74.782 e 75.797, da relatoria do ministro Ilmar Galvão; CJ 6.707, da relatoria do ministro Moreira Alves; RE 160.841, da relatoria do ministro Celso de Mello; e CC 21.735, da relatoria do ministro José Dantas. [...] (STF - CC: 7183 DF, Relator: Min. CARLOS AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 11/02/2008, Data de Publicação: DJe-026 DIVULG 14/02/2008 PUBLIC 15/02/2008)

Assim, observa-se claramente que os parâmetros definidos pela Lei de Segurança Nacional ainda se encontram em vigor no ordenamento jurídico nacional, situação que enseja a observância desses parâmetros pela legislação de refúgio no que concerne às questões relativas à segurança nacional que são definidas nessa lei, uma vez que a legislação de refúgio é desprovida de parâmetros específicos.

Todavia, ressalta-se que a aplicação da Lei de Segurança Nacional aos casos que envolvem o reconhecimento do *status* de refugiado pode ensejar a contradição de princípios insertos nessa lei com aqueles que norteiam os direitos humanos, e, por consequência, o direito inerente aos refugiados, fundamentados no princípio maior da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, importante questionamento se faz quanto à aplicabilidade do conceito jurídico inserto no art. 7º, § 2º, da Lei n.

9.474/97, o qual prescreve que

Art. 7º - O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível.

§ 1º - Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

§ 2º - O benefício previsto neste artigo não poderá ser invocado por refugiado considerado perigoso para a segurança do Brasil.

Nesse contexto, percebe-se que o dispositivo em análise carece de mecanismos, na própria Lei de Refúgio, que regulamentem sua aplicação. Ademais, da forma em que está descrita tal possibilidade nesse dispositivo, também se questiona a aplicabilidade da Lei de Segurança Nacional, visto que, em princípio, a expressão “segurança do Brasil” em nada difere da expressão “segurança nacional”, considerando-se a ausência de regulamentação específica quanto à utilização do referido termo.

Outro aspecto importante que merece ressalva é a aplicação efetiva do dispositivo supracitado pelo agente que primeiro recepcionar o estrangeiro em solo nacional, que, em geral, trata-se de um agente da Polícia Federal. No caso, considerando a redação atribuída ao dispositivo legal, em análise perfunctória, este autoriza e fundamenta as recusas imediatas realizadas pelos agentes da Polícia Federal quando da solicitação de refúgio pelo estrangeiro, ou seja, quando não há o direcionamento da solicitação para o Conare.

Decerto, essa possibilidade vai de encontro ao que, em princípio, é estabelecido na legislação de refúgio no que concerne ao processo de solicitação. No entanto, essa possibilidade é concreta em virtude da ausência, na Lei de Refúgio, de mecanismos que regulamentem a aplicação desse dispositivo em especial, e de definições mais precisas quanto à aplicação desse conceito no processo definido pela legislação em análise para a solicitação de refúgio.

Do mesmo modo, cumpre salientar que o arcabouço jurídico brasileiro voltado para o combate ao terrorismo não é, em princípio, suficiente. No caso, apesar de a CR/88 tratar da temática em seu art. 5º, XLIII, o texto constitucional não confere conteúdo semântico preciso ao terrorismo

(SAMPAIO, 2003). Em nível infraconstitucional, a Lei de Segurança Nacional condena o terrorismo, mas não o define. Ademais, salienta-se a baixa prioridade do tema na agenda externa brasileira frente a outras questões.

Todavia, conforme afirma *Ciro Leal M. da Cunha* (2009, p. 114),

A lógica organizacional do novo terrorismo – estruturado em pequenas células, com vínculos associativos de difícil detecção, além de taticamente mais ousado e indiscriminado – aumenta a probabilidade de ações preparatórias ou de ataques no Brasil. Vale ressaltar que, no País, há grande presença de instalações e pessoas relacionadas a alvos tradicionais do terrorismo internacional (particularmente EUA e Israel). Consulados, embaixadas, organismos internacionais, empresas, templos etc. ligados a esses alvos constituem a causa maior de suscetibilidade do Brasil ao terrorismo internacional. Mesmo que o País não seja o alvo, seu território pode ser palco dos conflitos globais expressos no terrorismo. O fator surpresa é sempre vantagem tática do terrorista. Além disso, uma desvantagem de cooperar contra o terrorismo, como faz o Brasil, é estar sujeito a represálias dos grupos contrariados. Também conspira a favor de possíveis atentados ou sua preparação a natureza relativamente aberta do Estado brasileiro a conexões externas. Entre outros fatores, contribuem com isso a grande diversidade de laços transnacionais da população, a porosidade das fronteiras e sua limitada fiscalização, além da boa oferta de serviços (sobretudo transportes, comunicações e serviços financeiros) e das deficiências nos aparatos policiais e de inteligência.

[...] de maior risco para a segurança nacional, atualmente, são as possíveis conexões entre o crime organizado brasileiro e organizações guerrilheiras ou terroristas em países vizinhos, como as FARC, que se limitam ao território colombiano, mas participam do narcotráfico transnacional. Deve-se atentar, sobretudo, para que o terrorismo não seja reproduzido pela criminalidade brasileira como método de ação.

Neste ponto, especialmente, destaca-se a vigência recente da Lei n. 13.260, de 26 de março de 2016 - Lei antiterrorismo -, que passou a regulamentar o disposto no art. 5º, XLIII, da CR/88, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista. No entanto, a lei supracitada não estabelece conexão direta alguma com a legislação que trata da questão dos refugiados; tampouco possui mecanismos que norteiem as questões que envolvem segurança nacional quando das solicitações de reconhecimento do *status* de refugiado.

CONCLUSÃO

A Lei de Refúgio brasileira constitui um marco importante na proteção dos direitos dos refugiados e é internacionalmente reconhecida como modelo a ser seguido. No entanto, durante quase 20 anos de sua vigência, é possível identificar algumas dificuldades enfrentadas pelos refugiados no Brasil, em virtude da própria defasagem dos mecanismos de proteção existentes ou da ausência de regulamentação específica na legislação que: a) assegure a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais; b) assegure o estabelecimento de prazo razoável ao Conare para emissão de suas decisões; c) trate da questão dos “refugiados ambientais”; d) trate das questões que envolvam grande afluxo de refugiados. Nesse contexto, a moderna aplicação do princípio da dignidade humana na condução desse processo torna-se essencial na busca da concreção dos direitos fundamentais no caso dos refugiados.

Igualmente, a questão da segurança nacional definida na legislação necessita de uma melhor definição quando contraposta aos atuais acontecimentos que envolvem os refugiados no plano internacional, especialmente a escalada do terrorismo e os grandes desastres ambientais. Nesse sentido, percebe-se que a lei carece de mecanismos de controle mais efetivos quanto às questões que envolvem a segurança nacional.

Com o advento dos avanços ocorridos na ordem jurídica interna em relação à garantia de observância aos direitos fundamentais, fica evidente que a Lei de Refúgio brasileira necessita de revisão, com o intuito de harmonizar, de modo mais eficaz, os princípios da dignidade humana e da segurança nacional.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar o Estatuto de Refugiado* - de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra. 1992.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. Breves comentários à Lei brasileira de Refúgio. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org.) *Refúgio no*

Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010, p. 152-206.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Presidência da República. *Lei Federal n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao-Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Lei Federal n. 9.474, de 22 de julho de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Lei Federal n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos Humanos e Meio-Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados: Aproximações ou Convergências. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGNET Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados*. São José da Costa Rica, Brasília: IIDH, Comitê Internacional da Cruz Vermelha e ACNUR, 1996, p. 10- 59.

CARLET, Flávia; MILESI, Rosita. Refugiados e políticas públicas. In: RODRIGUES, Viviane (Org.). *Direitos humanos e refugiados*. Vila Velha/ Espírito Santo: Nuarens - Centro Universitário Vila Velha; ACNUR; IMDH, 2006, p. 123-150.

CARNEIRO, Wellington Pereira. A Declaração de Cartagena de 1984 e

os Desafios da Proteção Internacional dos Refugiados, 20 anos depois. In: SILVA DA SILVA, Cesar Augusto (org). *Direitos Humanos e Refugiados*. Dourados: UFGD, 2012, p. 13-31.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em Rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 2002, v. 1.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. O aporte jurídico do direito dos refugiados e a proteção internacional dos “refugiados ambientais”. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: ACNUR/ ANDHEP/ CL-A, 2011, p. 241-269.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Ciro Leal M. da. *Terrorismo internacional e a política externa brasileira após o 11 de setembro* - Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 216 p. Dissertação (Mestrado) — Instituto Rio Branco. 2005.

EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. Nairobi: UNEP, 1985.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration : le droit international privé pos-moderne. In: *Receuil des Cours*: Den Haag, 1995.

JAYME, Erik. La globalization : chances et craintes de le personne humaine. In : *Recueil des Cours*. Den Haag, 2000.

JUBILUT, Liliana Lyra. Refugee Law and Protection in Brazil: a model in South America? *Journal of Refugee Studies*. Oxford, v. 19, n. 1, 2006, p. 22-44.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método; ACNUR; 2007.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MARQUES, Carla Cristina. Reassentamento solidário nas Américas. In: RODRIGUES, Viviane (Org.). *Direitos humanos e refugiados*. Vila Velha/

Espírito Santo: Nuares - Centro Universitário Vila Velha; ACNUR; IMDH, 2006, p. 35-41.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MYERS, Norman. *Environmental Refugees: an emergent security issue*. 13th OSCE Economic Forum, Prague, 23-27 May 2005. Disponível em: <<http://www.osce.org/eea/14851>>. Acesso em: 10 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations High Commissioner for Refugees. *Convenção relativa ao estatuto dos refugiados*. 1951. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b66c2aa10.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

PACÍFICO, Andrea Maria Calazans Pacheco. *O capital social dos refugiados: bagagem cultural e políticas públicas*. Maceió: EDUFAL, 2010.

PACÍFICO, Andrea Maria Calazans Pacheco. A necessidade de criação de um regime ambiental internacional: o caso dos deslocados ambientais. *Boletim Meridiano* 47. Brasília, v. 13, n. 133, p. 3-9, 2012. Disponível em: <<http://sites.uepb.edu.br/nepda/publicacoes/>>. Acesso em: 10 out. 2016.

PELLET, Alain. As novas tendências do Direito Internacional: aspectos “macrojurídicos”. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. (Coord.). *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3-25.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. *O Direito Internacional dos Refugiados: análise crítica do conceito “refugiado ambiental”*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Coord.) *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. 2. ed.

Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 27-64.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos dos Estrangeiros no Brasil: a Imigração, Direito de Ingresso e os Direitos dos Estrangeiros em Situação Irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 721-754.

RESOLUÇÃO NORMATIVA N. 13 de 23 de março de 2007. Dispõe sobre o encaminhamento, a critério do CONARE, ao CNIg, de casos passíveis de apreciação como situações especiais, nos termos da Resolução recomendada pelo CNIg n. 8 de 2006. In: *ACNUR; IMDH. Lei 9.474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional dos Refugiados*. Brasília, 2010, p. 46.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e terror – Uma visão parcial do fenômeno terrorista, In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.), *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil – perspectivas político jurídicas*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 151-170.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed., rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SERNACLENS, Pierre de. *Mondialisation, souveraineté et théories des relations internationales*. Paris: Armand Colin, 1998.

SOARES, Carina de Oliveira. *O Direito Internacional dos Refugiados e o Ordenamento Jurídico Brasileiro: Análise da Efetividade da Proteção Nacional*. 2012. 252 f. Dissertação de Mestrado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió.

STEINER, Henry J; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International human rights in context: law, politics, morals*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TIBURCIO, Carmen. A condição jurídica do estrangeiro na Constituição Brasileira de 1988. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Danie-

la; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 747-769.

VOEGELIN, Eric. *A nova ciência da política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 20.

Artigo recebido em: 20/10/2016.

Artigo aceito em: 03/05/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de; BARROS, Hugo Marinho Emídio de. Dignidade Humana, Segurança Nacional e os Refugiados Ambientais na Lei 9.474/1997. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 93-126, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/914>>. Acesso em: dia mês. ano.

O POLUIDOR INDIRETO E A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL POR DANO PRECEDENTE

Talden Queiroz Farias

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Doutor em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).
Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).
Advogado e Professor da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).
Email: taldenfarias@gmail.com

Eduardo Fortunato Bim

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP).
Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP).
Procurador Federal.
Email: eduardo.bim@agu.gov.br

RESUMO

O poluidor indireto é aquele que contribui para a degradação ambiental sem dar causa a ela de forma direta. Esse poluidor tem sido o centro de algumas discussões sobre a responsabilidade civil em matéria ambiental, vindo, inclusive, a ser demandado quando o dano ambiental preceder sua conduta, seja ela omissiva ou comissiva. O presente trabalho procurou delimitar a responsabilidade do poluidor indireto na hipótese de o dano ambiental ser anterior à conduta do agente. A metodologia consistiu em pesquisa bibliográfica e documental, e foi realizada uma discussão sobre aqueles que adquirem produto florestal com Documento de Origem Florestal - DOF - ideologicamente falso e que têm sido alvos de responsabilizações acríicas por parte dos órgãos ambientais, do Ministério Público e até do Poder Judiciário. Verificou-se que, para processar o adquirente de carvão vegetal com DOF ideologicamente falso, é necessária a prova de que havia ciência (ou deveria haver) da irregularidade, somente podendo-se cobrar responsabilidade pela madeira decorrente das operações nas quais essa culpa ficar caracterizada.

Palavras-chave: Poluidor indireto. Nexo causal. Culpa. Dano ambiental. Documento de origem florestal - DOF.

*THE INDIRECT POLLUTER AND CIVIL
ENVIRONMENTAL LIABILITY FOR PRECEDENT DAMAGES*

ABSTRACT

Indirect polluter, one that causes environmental degradation indirectly, has been at the center of some discussions on environmental tort law cases, it has been sued even when the environmental damage precedes his conduct. Especially those who acquire forest product by forest origin document (FOD) ideologically false have been targets of uncritical environmental liability. This article seeks to define the concept of indirect polluter in the case of environmental damage precede the conduct of the agent. The methodology consisted of bibliographical and documentary research, and a discussion was carried out on those who purchase a forest product with an ideologically false Forest Origin Document (DOF) and that have been the targets of uncritical responsibility by the environmental agencies, the Public Prosecutor's Office and even the Judiciary. It was verified that in order to process the purchaser of charcoal with DOF ideologically false, it is necessary to prove that there was knowledge (or should be) about an irregularity, only being able to charge liability for the wood resulting from the operations in which this fault is characterized.

Keywords: *Indirect polluter; Causality nexus; Fault; Environmental damage; Forest origin document - FOD.*

INTRODUÇÃO

O poluidor indireto, aquele que causa degradação ambiental de forma indireta, tem sido o centro de algumas discussões sobre a responsabilidade civil ambiental. Com base nesse conceito de poluidor indireto, por exemplo, siderúrgicas têm sido responsabilizadas por dano de corte de árvores quando adquire carvão vegetal, por não ter o Documento de Origem Florestal - DOF -, o sucessor da Autorização de Transporte de Produtos Florestais - ATPF. Também se tem responsabilizado estabelecimentos comerciais por ruído produzido por seus clientes fora do estabelecimento, assim como o Estado, por ter permitido, por omissão, a ocupação de Áreas de Preservação Permanente - APPs -, e outros.

Entram também nessa categoria as instituições financeiras, pelos empréstimos financeiros que viabilizem atividades ou empreendimentos causadores de danos ambientais. Tal perspectiva foi potencializada pela edição da Resolução Bacen (Banco Central do Brasil) n. 4.327/2014, que definiu diretrizes para implementação de Política de Responsabilidade Socioambiental por instituições financeiras

A ausência da compreensão do poluidor indireto e dos limites de sua responsabilização gera indesejável insegurança jurídica, especialmente pelo fato de se presumir demasiadamente nessa seara, deixando as possibilidades de responsabilização ao sabor do intérprete. Por outro lado, a responsabilização do poluidor indireto é fundamental para garantir uma adequada proteção ao meio ambiente, pois insere dever de cuidado que deve reger a vida em sociedade, ao trazer a responsabilidade civil ambiental àquele que não praticou o ato, mas é responsável por ele (BENJAMIN, 1998, LEMOS, 2012, p. 134, e ANTUNES, 2014, p. 501), evitando-se que o poluidor indireto tire vantagem da degradação ambiental efetuada pelo poluidor direto.

O objetivo deste trabalho é tentar traçar a fisionomia daquele que, indiretamente, causa poluição (poluidor indireto), nos casos em que o dano ambiental é anterior à sua conduta, usando como exemplo a cadeia de produção do carvão vegetal, especialmente para reparar o dano causado ao meio ambiente pela aquisição de carvão sem DOF ou com DOF ideologicamente falso.

O DOF ideologicamente falso é conceito amplo, abarcando um sem número de situações nas quais o conteúdo não corresponde ao declarado, passando de casos nos quais a falsidade é manifestamente

conhecida pelo adquirente a casos nos quais é impossível o conhecimento dessa falsidade. O intuito deste artigo não é trabalhar com os casos de falsidade ideológica do DOF, mas apenas delinear a teoria que deve nortear sua aplicação.

Considerando que a responsabilidade civil ambiental é o último recurso (*ultima ratio*) jurídico para que o dano ambiental seja internalizado (BENJAMIN, 1998) e que, em regra, o Direito Administrativo sancionador e o Direito Penal, por suas características, têm soluções mais complicadas para a questão do poluidor indireto. Faz-se necessário enfrentar as dificuldades jurídicas do tema e discorrer sobre o nexos de causalidade, pois somente é possível a responsabilização do poluidor indireto quando sua conduta produziu (indiretamente) o resultado.

Dessa forma, são obrigatórias algumas palavras sobre a responsabilidade civil na seara ambiental, uma vez que existe, no imaginário de alguns, o entendimento de que a responsabilidade objetiva dispensaria o nexos de causalidade, ligando, portanto, tudo a todos.

1 O POLUIDOR INDIRETO

Poluidor indireto é aquele que, embora não tenha efetuado de forma direta a degradação ambiental, contribui para que ela ocorra. A Lei Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, (art. 3º, IV) define poluidor como a pessoa física ou jurídica responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

Em termos processuais, não faz diferença se o poluidor é direto ou indireto, pois, como decidiu o Supremo Tribunal de Justiça - STJ -, a Ação Civil Pública - ACP - para reparação do dano ambiental pode ser proposta contra o poluidor direto, contra o indireto ou contra ambos, uma vez que se trata de responsabilidade solidária e litisconsórcio facultativo (BRASIL, 1995).

No entanto, em termos substanciais, essa diferenciação é relevante, pois as hipóteses nas quais se caracteriza um poluidor ambiental indireto não podem equipará-lo ao direto, por danos pelos quais ele não deve responsabilizar-se, sejam eles anteriores ou posteriores à sua conduta.

A responsabilização civil indireta não é exclusividade do Direito Ambiental: antes, nutre suas características no Direito Civil, cujos doutrinadores a chamam de responsabilidade por fato de outrem, chegando a propugnar que sua nomenclatura seja alterada para responsabilidade por

fato próprio decorrente do dever de vigilância. Com efeito, a imputação a terceiro da responsabilidade por fato de outrem não é arbitrária e indiscriminada. É preciso que o responsável indireto esteja vinculado juridicamente ao autor do ilícito para resultar-lhe dessa condição um dever de guarda, de vigilância ou de custódia.

A ideia subjacente ao poluidor indireto é a de que ele deve internalizar o dever de cuidado, entrando como uma espécie de garante de terceiro, o causador do dano. Como destaca Rômulo Sampaio, a função da política de responsabilização do poluidor indireto “consiste em internalizar o dever de cuidado em terceiro alheio à relação de causalidade, ampliando o número de pessoas e instituições obrigadas a controlar a produção dos riscos” (SAMPAIO, 2013, p. 26).

Deve-se ter cautela extrema no manejo do conceito do poluidor indireto, sob pena de transformar o requisito do nexo de causalidade em um conceito indeterminado amplo, manipulável ao sabor do intérprete de plantão. Conforme alertam Paulo de Bessa Antunes e Elizabeth Alves Fernandes em relação às instituições financeiras, cujas razões são, no entanto, universalizáveis a todos os poluidores indiretos,

Ademais, ao prever a possibilidade de responsabilização de agentes indiretos, a lei esgarça o requisito do nexo de causalidade em um conceito jurídico indeterminado, sem que, todavia, estabeleça os limites para esse esgarçamento. Essa ação é particularmente inapropriada para a responsabilização ambiental irrestrita de instituições financeiras (ANTUNES; FERNANDES, 2015, p. 30).

O conceito de poluidor indireto assume importância ímpar para as empresas que adquirem carvão vegetal, uma vez que essas podem ser responsabilizadas pelo consumo irresponsável dessa matéria-prima de seu processo produtivo. Essa aquisição sem o DOF já fez com que fossem assinados Termos de Ajustamento de Conduta - TACs - com siderúrgicas, para reparar o dano causado pelo consumo de carvão vegetal.

Entretanto, no caso de DOF ideologicamente falso, ou seja, aquele no qual apenas a forma do documento é verdadeira, mas não o seu conteúdo, a questão assume maior complexidade jurídica, pois levanta a possibilidade de a consumidora de carvão vegetal ser responsabilizada civilmente sem a prova de ciência - efetiva ou presumida - de que o desmatamento ilegal praticado por terceiros gerou a matéria-prima do carvão vegetal adquirido, o que, obviamente, não seria justo.

2 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA PARA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL: IMPRESCINDIBILIDADE DO NEXO CAUSAL

Indubitavelmente, a responsabilidade por dano ambiental na esfera cível é objetiva, uma vez que a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - Lei n. 6.938/81 -, em seu art. 14, § 1º, assim estabelecia, sendo ainda endossada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ (BRASIL, 2013a, 2009a, 2005a, 2003, 2005b, 2004, 2007).

Entretanto, *a responsabilidade objetiva não dispensa a comprovação do nexo de causalidade* entre a conduta e o dano ambiental (LEMOS, 2010, p. 126, LEITE, AYALA, 2011, p. 134, LEAL, 2011, p. 516, LEMOS, 2012, p. 167, SAMPAIO, 2013, p. 22, e MILARÉ, 2015, p. 437-438).

Como foi didaticamente decidido pelo Tribunal Regional Federal - TRF - da 4ª Região, “inexistente o nexo de causalidade, ou seja, o liame entre a conduta do autuado e o dano ao meio ambiente decorrente de obras de infraestrutura de abertura de logradouro realizadas pelo ente municipal, não há que falar em responsabilidade civil” (BRASIL, 2016).

Não por acaso, o nexo causal é considerado o “calcanhar de Aquiles” da responsabilidade civil ambiental (BENJAMIN, 1998). Entretanto, isso não autoriza o intérprete a criá-lo a seu bel-prazer, visando trazer sua concepção de responsabilidade civil adequada à tutela do meio ambiente.

Como destaca Paulo de Bessa Antunes, “mesmo as aplicações mais rigorosas da responsabilidade objetiva por risco integral não dispensam o nexo de causalidade.” (ANTUNES, 2014, p. 231)¹. Patrícia Faga Iglecias Lemos doutrina que, “mesmo na teoria do risco criado, subsiste a necessidade de demonstrar a relação de causalidade” (2010, p. 130). O STJ, pelos órgãos de sua 1ª Seção, entende que “a configuração da responsabilidade por dano ao meio ambiente exige a verificação do nexo causal entre o dano causado e a ação ou omissão do poluidor”:

[...] 5. Outrossim, é manifesto que o Direito Ambiental é regido por princípios autônomos, especialmente previstos na Constituição Federal (art. 225 e parágrafos) e legislação específica, entre os quais a responsabilidade objetiva do causador do

¹ No mesmo sentido: “Assim, a responsabilidade civil pressupõe, em seu âmago, uma conduta ilícita que cause dano a outrem, vinculados por um nexo de causalidade” (ANTUNES; FERNANDES, 2015, p. 29).

dano ao meio ambiente (arts. 3º, IV, e 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81). 6. Portanto, a configuração da responsabilidade por dano ao meio ambiente exige a verificação do nexo causal entre o dano causado e a ação ou omissão do poluidor (BRASIL, 2007)².

[...] 2. A jurisprudência deste Sodalício orienta no sentido de que, em se tratando de dano ambiental, a responsabilidade é objetiva. Dispensa-se, portanto, a comprovação de culpa, entretanto há de se constatar o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano causado, para configurar a responsabilidade. (AgRg no AREsp 165.201/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 22/6/2012). Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto, é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente. Precedentes (BRASIL, 2013a)³.

Em suma, não se pode usar a objetividade da responsabilidade civil ambiental para criar um nexo causal inexistente ou, simplesmente, para dispensar a sua exigência. Dessa forma, é equivocado pugnar pelo liame causal entre a conduta e um resultado antecedente, com o frágil argumento de que somente se desmata ilegalmente (resultado) porque alguém irá comprar (ação), sendo irrelevante se esse comprador tomou todos os cuidados exigidos pela legislação para tanto.

A existência de nexo de causalidade é fundamental, mas não pode ser irresponsavelmente criada da vontade do intérprete em discurso de ligar tudo a todos, imputando especialmente ao poluidor indireto (terceiro em relação ao dano ambiental) a responsabilidade em relação aos danos ambientais antecedentes à sua conduta.

3 O ALCANCE DO NEXO DE CAUSALIDADE DO POLUIDOR-INDIRETO (CAUSALIDADE NORMATIVA)

Como visto anteriormente, quando se fala em dano ambiental, não se trata apenas de responsabilidade objetiva, mas de perquirir o nexo de causalidade da conduta com o dano ambiental.

Em se tratando de conduta omissiva do agente, de descumprimento de algum dever de cuidado que tenha aptidão para causar dano ambiental, não se imputa culpa à sua conduta, mas caracteriza-se

² No mesmo sentido: BRASIL, 2004.

³ No mesmo diapasão: “[...] 1. A responsabilidade é objetiva; dispensa-se, portanto, a comprovação de culpa, entretanto há de se constatar o nexo causal entre a ação ou a omissão e o dano causado, para configurar a responsabilidade” (BRASIL, 2013b).

o nexo de causalidade entre a sua conduta e o resultado que ele deveria impedir mediante o descumprimento de seu dever; em outras palavras, imputa-se culpa à sua omissão. Por isso, o STJ já reconheceu a existência do poluidor indireto, porque sua conduta omissiva possibilitou o dano causado posteriormente.⁴

Rômulo Sampaio destaca que, ausente o vínculo jurídico ou o descumprimento do dever de cuidado,

exclui-se o necessário nexo de causalidade por não ter concorrido o [poluidor] indireto com a criação do risco que ensejou o dano. [...] Cumprindo com a obrigação legal de internalização da cautela, o indireto rompe o nexo de causalidade com o dano, quando ele efetivamente ocorre (SAMPAIO, 2013, p. 22).

Importante destacar a necessidade de omissão, de descumprimento de um dever, porque a doutrina aponta que,

para um resultado ser atribuído a determinado sujeito, é necessário que haja relação de causalidade entre a conduta deste e o *fato superveniente*, ou seja, que haja um liame entre a ação e o resultado. [...] A causa seria, então, um conjunto de condições que concorreram para a realização do efeito danoso (MACHADO, 2006, p. 59).

Logo, não haveria como caracterizar a relação de causalidade entre a conduta e um fato antecedente, exceto se essa relação fosse normativa ou se houvesse um descumprimento de dever de cuidado. É uma questão lógica. Só é resultado de uma ação o fato que vem depois (decorre) dessa ação. Se o fato antecede (vem antes) é porque o sistema impôs a condição de garante ao poluidor indireto, o que precisa ser contextualizado normativamente.

Mesmo quando há aparente exclusão do nexo de causalidade, devido à aplicação da responsabilidade objetiva em matéria ambiental, como expressa no REsp (Recurso Especial) Rep. 1.374.284/MG (danos provocados por rompimento de barragem), o dano é posterior à conduta, isto é, não é anterior. No AgrRg no REsp (Agravo Regimental no Recurso

4 “[...] 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a *ausência das cautelas fiscalizatórias* no que se refere às licenças concedidas e às que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente. 5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei n. 6.938/81), é obrigado a indenizar e a reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva)” (BRASIL, 2005b).

Especial) 1.286.142/SC, o preposto da Superintendência de Seguros Privados - Susep - não tomou providências para evitar a degradação ambiental, ou seja, a poluição também foi posterior à sua gestão como liquidante. No AgRg no AREsp 224.572/MS, o poluidor indireto era o proprietário do imóvel, que, ao não fiscalizar o uso desse imóvel, possibilitou que o locatário poluísse o ambiente com ruídos sonoros, isto é, que terceiro o usasse para causar danos a outrem.

Se o resultado deve ser, de fato, superveniente, como responsabilizar o poluidor indireto por um fato anterior à sua conduta? A dificuldade de caracterização do nexos de causalidade do poluidor indireto ocorre quando sua conduta é posterior ao dano, e não anterior, como no caso do adquirente do carvão sem DOF ou com esse documento ideologicamente falso.

Apenas no caso de *falha no dever de fiscalizar* e de obrigação *propter rem*⁵, a jurisprudência reconhece o nexos de causalidade e imputa a responsabilidade ambiental. No caso de falha no dever de fiscalizar, o dano ocorre posteriormente à falha, não antes, mas no caso da obrigação *propter rem*, o dano já ocorreu quando da aquisição (conduta).

No caso de o adquirente do carvão não possuir o DOF ou se o DOF que ele possuir for ideologicamente falso, ainda assim não seria possível que o nexos de causalidade seja fático, porque seria impossível exigir nexos entre essa conduta e o dano (desmatamento) causado por terceiros e, conseqüentemente, anterior à compra do carvão vegetal.

Embora seja difícil estabelecer qual é a teoria do nexos de causalidade que melhor se adapta ao Direito Ambiental, é pertinente reconhecer que o nexos de causalidade parece ser mais uma questão jurídica do que fática (LEMONS, 2012, p. 158-159, 165 e 195). A propósito, o motivo pelo qual se critica a teoria da equivalência dos antecedentes causais é o seu apego excessivo à causalidade natural, o que tornaria, por exemplo, impossível a responsabilização por omissão (CRUZ, 2005, p. 48-49), além de tornar dispensável a própria figura do poluidor indireto (SAMPAIO, 2013, p. 24).

Por essa razão, o STJ admitiu a responsabilidade para o adquirente do imóvel poluído. Ao admitir a responsabilidade do adquirente por ato anterior, aparentemente sem nexos de causalidade, o sistema impôs a ele tal nexos, uma vez que se tratavam de casos de reflorestamento de imóveis,

⁵ A expressão de origem latina *propter rem* pode ser traduzida livremente como “em razão de” a obrigação, por sua vez, é a responsabilidade real ligada à coisa imposta ao titular de determinado direito real, diante da condição de titularidade.

típica obrigação *propter rem*.

PROCESSUAL CIVIL. DANO AMBIENTAL. LOTEAMENTO IRREGULAR. ADQUIRENTES POSSUIDORES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. [...] 2. Cuida-se, segundo os autos, de *loteamento sem licença ambiental ou urbanística válida, sobre APP - Área de Preservação Permanente e Zona de Vida Silvestre da Área de Proteção Ambiental (APA) Sapucaí Mirim, degradando o habitat, no bioma da Mata Atlântica (bosque de araucárias), de espécies ameaçadas de extinção, com desmatamento e aterramento de nascentes e córregos de água.* [...] 7. Os adquirentes de lote têm responsabilidade solidária pelo dano ambiental do loteamento impugnado em Ação Civil Pública, ainda que não realizem obras no seu imóvel[...]. Em loteamento, “se o imóvel causador do dano é adquirido por terceira pessoa, esta ingressa na solidariedade, como responsável” (BRASIL, 2001)⁶.

Frise-se que esse entendimento, hoje consagrado no novo Código Florestal (art. 7º, § 2º), foi, de certa forma, consequência do aperfeiçoamento e da superação parcial de um entendimento antigo da 1ª Turma do STJ, segundo o qual não se admitiu que o adquirente recompusesse a vegetação se ele comprou o imóvel já desmatado (BRASIL, 1998a, 1998b, 1999, 2000). Mesmo que, nesse caso, nunca tivesse havido jurisprudência de ambas as turmas da 1ª Seção. De qualquer forma, para além do nexo de causalidade dito como inexistente, nos julgados apenas se condicionava a recuperação pelo atual proprietário à prévia delimitação da área pelo poder público, não havendo identidade com o tratado no presente artigo.

Mesmo no entendimento exposto no parágrafo anterior, nunca houve imunidade absoluta do adquirente do imóvel, sendo que, no atual posicionamento jurisprudencial, chancelado posteriormente pelo novo Código Florestal, a questão é sobre um nexo normativo causal decorrente de obrigação *propter rem*, não simplesmente por um nexo de causalidade ordinário ou meramente fático, sacado pelo intérprete, sem base legal, ou por descumprimento de dever de cuidado. Ademais, o cumprimento da legislação (ambiental ou não) integra a concepção de função social, princípio constitucional que rege o direito de propriedade.

Em suma, para o STJ, os dois casos nos quais se reconheceu um nexo de causalidade mais amplo, tratava-se de (i) omissão no dever fiscalizatório e na (ii) obrigação *propter rem*. Importante frisar que, mesmo nos casos de responsabilidade *propter rem*, há sempre um descumprimento

⁶ No mesmo sentido: BRASIL, 2012.

do dever de cuidado (culpa), uma vez que o bem pode não ser adquirido ou ser recusado, quando proveniente de herança ou doação, se nele houver passivo ambiental.

Na tese da aquisição de carvão vegetal sem DOF, haveria uma *causalidade normativa*, uma vez que o consumidor de carvão é o garante da matéria-prima utilizada (madeira que é transformada em carvão) mediante a exigência de DOF. Há aquisição de carvão vegetal de origem ilícita porque o desmatamento promovido por terceiro foi ilegal, visto que, se DOF é irregular - ou inexistente -, é quase certo que a origem da madeira também é irregular.

A não existência do DOF ou a sua irregularidade não é causa do desmatamento ilegal, é sua consequência. Retroagindo em termos causais, se toda a madeira adquirida tivesse DOF, o desmatador não teria como vender e não degradaria, pelo menos naquela fração adquirida. Haveria, por parte do adquirente, uma obrigação de zelar pela origem do produto florestal adquirido. Se houve falha em fiscalizar o cumprimento da obrigação legal de exigir DOF, é válido, do ponto de vista jurídico, considerar que a aquisição entra na cadeia ilícita do desmatamento, vinculando-se a ele, ainda que o dano anteceda o ato de aquisição.

Nesse contexto, considerar que haveria a figura do poluidor indireto por ato que ele não controla ou nem é responsável em termos *propter rem* não parece ser possível no atual estágio de nosso Direito, mas o é quando a legislação impõe uma obrigação para tanto, como é o caso do DOF, e ela é intencional ou culposamente ignorada. Haveria, nesse caso, o vínculo jurídico e o descumprimento do dever de cuidado (culpa).

O elemento subjetivo, aqui requerido e suficiente, é a culpa (descumprimento do dever objetivo de cuidado), não sendo necessário o dolo; basta a compra de carvão sem DOF, ou, ainda, com DOF falso, desde que a falsidade seja identificável pelo homem médio que atua no ramo. Toshio Mukai (2011, p. 91-99) é expresso em doutrinar que a responsabilidade ambiental do poluidor indireto é subjetiva.

Não haveria indivisibilidade entre o ato de adquirir carvão sem a certificação e o desmatamento, pois a própria legislação trata essas situações como sendo infrações diferentes. Mas haveria solidariedade entre aquele que adquire carvão sem certificação e o desmatamento? Haveria um vínculo, ainda que superveniente, entre vários sujeitos, a justificar a pecha de poluidor indireto ao adquirente do carvão em relação ao poluidor direto, o desmatador? É possível que sim, embora fosse preciso, para tanto, o

descumprimento do dever de cuidado, caso no qual não se poderá imputar o nexo de causalidade normativo ao adquirente.

Se houver culpa, por aquisição do produto de origem florestal sem o DOF (culpa gravíssima) ou com ele sabidamente irregular, está caracterizada a figura do poluidor indireto. Como bem destacou Jeanne da Silva Machado, a *solidariedade, quando não convencional, está relacionada à responsabilidade subjetiva, patrimonial e à culpa*, pois que a lei não pode obrigar devedores, que não agiram em desacordo com as suas obrigações individuais, o cumprimento da obrigação, ainda que ligados por um vínculo objetivo comum, seja no estrito cumprimento da lei, seja no cumprimento do acordo, sob pena de se estabelecer a iniquidade (2006, p. 108).

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery (1993, p. 289) lecionam que a responsabilidade passiva aquiliana do artigo 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 é pelo risco criado, ou seja, exige-se a comprovação de violação de um dever de cuidado, o que seria, na responsabilização da aquisição do produto florestal, a aquisição sem DOF ou com DOF que se deveria saber ser falso.

Existindo obrigação normativa de ter a documentação para receber o produto florestal, fica caracterizada a culpa, tanto na aquisição sem o DOF quanto na aquisição do documento que se deveria saber ser falso.

A alegação de que a admissão dessa responsabilidade poderia ensejar *bis in idem*, uma vez que o dano (desmatamento) poderia ser recomposto duas vezes, não é suficiente para obstar a responsabilidade do poluidor indireto, porque é remota a probabilidade de haver uma coincidência, não sendo aconselhável argumentar usando a exceção. Isso não impede que o poluidor indireto se exima do pagamento da recomposição do dano ambiental caso ele prove que o carvão adquirido é proveniente de área restaurada ou “indenizada.”

Por mais que o STJ, no clássico REsp650.728/SC,⁷ tenha entendido que, para fins de nexo causal, se requer uma ampla gama de condutas

7 “[...] 13. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem. 14. Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81. 15. Descabe ao STJ rever o entendimento do tribunal de origem, lastreado na prova dos autos, de que a responsabilidade dos recorrentes ficou configurada, tanto na forma comissiva (aterro) quanto na omissiva (deixar de impedir depósito de lixo na área). Óbice da Súmula 7/STJ” (BRASIL, 2009b).

equivalentes, vinculando-se essas condutas à responsabilidade objetiva, acredita-se ser indispensável o elemento subjetivo na caracterização do poluidor indireto quando o dano precede a conduta do agente.

Ademais, admitir a amplitude das equiparações em termos de nexos causal do poluidor indireto sem o elemento subjetivo criaria um segurador universal do meio ambiente, o que configuraria um mundo no qual todos se responsabilizariam por todos, arruinando o sistema de responsabilidade civil ambiental.

Um sistema criado pelo Estado deve ser confiável para que proporcione segurança jurídica aos cidadãos que o utilizam. Se o DOF é aparentemente regular, e o cidadão não tinha como saber a sua falsidade, não há razão para reconhecer o adquirente do insumo com DOF ideologicamente falso como poluidor indireto pura e simplesmente, porque isso seria desconsiderar a própria existência do DOF.

O Estado não pode aceitar as consequências do DOF somente quando tudo transcorre bem, pois responsabilizar o adquirente de produto vegetal com DOF ideologicamente falso, sem que ele tenha condições de saber dessa falsidade, equivale a tornar o DOF um indiferente jurídico, no qual o cidadão não pode confiar. Da mesma forma, o cidadão profissional do ramo que usa o DOF não pode ter uma confiança cega no sistema, devendo haver certa prudência, porque podem existir elementos que indiquem a falsidade ideológica do documento.

Mesmo nos casos de dano posterior à conduta do agente, como no financiamento de projetos previstos no *caput* do artigo 2º da Lei de Biossegurança, o que acarreta a responsabilidade é a não exigência de documento estatal, que, no caso, é o Certificado de Qualidade em Biossegurança (“sob pena de se tornarem corresponsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação” - Lei n. 11.105/05, art. 2º, § 4º).

O adquirente de produto com DOF não tem nenhum dever suplementar de ir além da exigência do DOF, motivo pelo qual não se exige dele uma auditoria no negócio, checando o estabelecimento de seus fornecedores, etc., sendo essa função dever do Estado. Ao não desempenhar essa função, o Estado trai a confiança do cidadão, violando o princípio da proteção de confiança e da boa-fé no Direito Público, ao usar o conceito de poluidor indireto tão elasticamente para criar obrigação - não prevista em lei - de buscar, a todo e qualquer custo, a idoneidade do documento disponibilizado pelo Estado exatamente para aquele fim.

Seria como exigir da instituição financeira o acompanhamento passo a passo do licenciamento ambiental, quando, na verdade, a sua obrigação é, tão somente, analisar o projeto e verificar se a licença ambiental está válida. Com efeito, a responsabilidade do terceiro não é irrestrita, não cabendo a ele fazer às vezes do próprio órgão ambiental.

Logo, é fundamental a exigência da prova pelos legitimados, para buscar-se a responsabilização civil de que o consumidor do carvão vegetal sabia ou deveria saber de sua origem ilícita; prova essa que se materializa com a ausência de DOF ou com a motivação das razões pelas quais o comprador deveria saber que esse documento era ideologicamente falso.

Evidentemente, existem diversos elementos que podem derrubar a “presunção de inocência” daqueles que adquirem produtos de origem florestal com DOFs ideologicamente falsos, não sendo necessário listá-los de antemão. Entretanto, para caracterizar a culpa e, *ipso facto*, a responsabilidade do adquirente do produto florestal pelo desmatamento estimado pelo órgão ambiental, não basta apenas mencionar uma operação policial ou fiscalizatória ambiental, o fato de as empresas vendedoras serem fantasmas ou os preços serem presumivelmente abaixo dos de mercado. De alguma maneira, esse comprador também foi vítima e não pode ser punido por isso, salvo se comprovada má-fé.

A descoberta da falsidade do DOF pela polícia ou pela fiscalização ambiental pode ser exatamente um dos motivos que isentem o comprador, exceto se ele fizer parte da cadeia de fraude. Quanto ao fato de a empresa ser fantasma, além de ser obrigação de fiscalização do órgão ambiental verificar a sua existência, destaca-se a questão temporal (fantasma desde quando?) e a de impor ao comprador do produto uma fiscalização *in loco* inexistente na lei. É inadmissível presumir que aquisição do produto ocorreu por preço mais baixo, devendo ser apontado o preço exato, assim como a razão pela qual a diferença dele com o preço de mercado justificaria a ciência da falsidade ideológica do DOF.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil ambiental é objetiva, mas tal fato não tem o condão de eliminar a necessidade do nexo de causalidade entre o dano e a ação do poluidor.

O conceito de poluidor indireto, no Direito Ambiental, não pode ser esticado ao sabor do intérprete para responsabilizar quem ele acha

que é justo. Deve-se ter cautela extrema no manejo desse conceito, sob pena de transformar o requisito do nexos de causalidade em um conceito indeterminado, amplo, fazendo com o que o direito perca certeza e segurança jurídicas por um padrão de justiça sob o entendimento do intérprete de plantão.

O nexos de causalidade físico é impossível para o poluidor indireto, uma vez que não foi ele quem praticou a ação lesiva ao meio ambiente, a menos não de forma direta, quando se trata de ato que antecede a sua ação. É uma questão lógica. Só é resultado de uma ação o que é subsequente a ela. Se por acaso o fato não for subsequente, é porque o sistema normativo impôs a condição de garante ao poluidor indireto, o que precisa ser contextualizado do ponto de vista jurídico.

É possível reconhecer como poluidor indireto do desmatamento florestal aquele que adquire carvão sem DOF ou com esse documento ideologicamente falso, quando deveria saber dessa falsidade. Essa possibilidade de caracterização como poluidor indireto decorre de o DOF ser um mecanismo criado para tutelar os produtos de origem florestal, estando na esfera do dever de cuidado ou de vigilância do cidadão que lida profissionalmente com tais produtos. Descumprido tal dever, surge a responsabilização pelo dano antecedente.

Responsabilizar o adquirente do produto florestal pelos danos anteriores à sua ação porque não exigiu DOF ou transacionou com DOF ideologicamente falso insere dever de cuidado típico de uma sociedade ambientalmente responsável, pois responsabiliza civilmente aquele que não praticou o ato, mas é responsável por ele, evitando-se que o poluidor indireto tire vantagem da degradação ambiental efetuada pelo poluidor direto.

Em suma, para processar o adquirente de carvão vegetal com DOF ideologicamente falso, faz-se necessário que os legitimados para tanto carreguem provas de que havia ciência (ou deveria haver) da irregularidade dos DOFs, somente podendo cobrar responsabilidade pela madeira decorrente das operações em que essa culpa ficar caracterizada.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. O conceito de poluidor indireto e a distribuição de combustíveis, *Revista SJRJ*, v. 21, nº 40, p. 229-244, Rio de Janeiro: Justiça Federal de 1º Grau, ago. 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. FERNANDES, Elizabeth Alves. Responsabilidade civil ambiental de instituições financeiras. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 9, nº 1, p. 19-50, Brasília: BCB, jun. 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, a. 3, nº 9, p. 5-52, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1998 [RT on line].

BRASIL. Resolução Bacen n. 4.327, de 25 de abril de 2014. Dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Acesso em: 1º out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 37.354/SP Relator: Antônio de Pádua Ribeiro – Segunda Turma, *Diário de Justiça da União*, Brasília, 18 out. 1995. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199300212508&dt_publicacao=18/9/1995. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 156.899/PR. Relator: Garcia Vieira – Primeira Turma, *Diário de Justiça da União*, Brasília, 4 maio 1998a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700860515&dt_publicacao=4/5/1998. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial 156.899/PR. Relator: Garcia Vieira – Primeira Turma, *Diário de Justiça da União*, Brasília, 08 set. 1998b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700860515&dt_publicacao=8/9/1998. Acesso em: 1º set.

2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 214.714/PR. Relator: Garcia Vieira – Primeira Turma, *Diário de Justiça da União*, Brasília, 27 set. 1999. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900428870&dt_publicacao=27/9/1999. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial 229.302/PR. Relator: Garcia Vieira – Primeira Turma, *Diário de Justiça da União*, Brasília, 7 fev. 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900811658&dt_publicacao=7/2/2000. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 295.797/SP. Relator: Eliana Calmon – Segunda Turma, *Diário de Justiça da União*, Brasília, 12 nov. 2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200001402749&dt_publicacao=12/11/2001. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp 467.212/RJ. Relator: Luiz Fux – Primeira Turma, *Diário de Justiça da União*, Brasília, 15 dez. 2003. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201066716&dt_publicacao=15/12/2003. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp 578.797/RS. Relator: Luiz Fux – Primeira Turma, *Diário de Justiça da União*, Brasília, 20 set. 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301626620&dt_publicacao=20/9/2004. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp 673.765/RJ. Relator: Luiz Fux – Primeira Turma, *Diário de Justiça da União*, Brasília, 26 set. 2005a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401090312&dt_publicacao=26/9/2005. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 604.725/PR.

Relator: Castro Meira – Segunda Turma, *Diário de Justiça da União*, Brasília, 22 ago. 2005b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301954005&dt_publicacao=22/8/2005. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 570.194/RS. Relator: Denise Arruda – Primeira Turma, *Diário de Justiça da União*, Brasília, 12 nov. 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301498078&dt_publicacao=12/11/2007. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.045.746/RS. Relator: Eliana Calmon – Segunda Turma, *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 4 ago. 2009a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800722640&dt_publicacao=4/8/2009. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 650.728/SC. Relator: Herman Benjamin – Segunda Turma, *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 2 dez. 2009b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302217860&dt_publicacao=2/12/2009. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 843.978/SP. Relator: Herman Benjamin – Segunda Turma, *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 mar. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600890578&dt_publicacao=9/3/2012. Acesso em 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.286.142/SC. Relator: Mauro Campbell Marques – Segunda Turma, *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 28 fev. 2013a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102422132&dt_publicacao=28/2/2013. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.277.638/SC. Relator: Humberto Martins – Segunda Turma, *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 maio 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101764495&dt_

publicacao=16/5/201. Acesso em: 1º set. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Processo – AC 5002166-97.2013.404.7215*, Relator: Fernando Quadros da Silva, Porto Alegre, 3 mar. 2016. Disponível em: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41457040348998071020000000083&evento=41457040348998071020000000023&key=f8f3f9fd889a37c3cf1e9364e3631313f09e2e3c6488a7803e9d7249c77ad1d3. Acesso em: 1º set. 2016.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LEAL, Guilherme J. S. Risco, causalidade e poluidores indiretos. In: REIS, Antonio Augusto; LEAL, Guilherme J. S.; SAMPAIO, Rômulo S. da Rocha (Orgs.). *Tópicos de direito ambiental: 30 anos da política nacional do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 505-529.

LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito Ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário: análise do nexo causal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

MACHADO, Jeanne da Silva. *A Solidariedade na Responsabilidade Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

MUKAI, Toshio. O nexo de causalidade na responsabilidade objetiva ambiental. Causa é ato comissivo. In: COUTINHO, Ronaldo; AHMED, Flávio (coords.). *Cidade, Direito e Meio Ambiente: perspectivas críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 191-199.

NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e (coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993, p. 289.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *Responsabilidade Civil Ambiental das Instituições Financeiras*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

Artigo recebido em: 21/10/2016.

Artigo aceito em: 28/3/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

FARIAS, Talden Queiroz; BIM, Eduardo Fortunato. O Poluidor Indireto e a Responsabilidade Civil Ambiental por Dano Precedente. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 127-146, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/915>>. Acesso em: dia mês. ano.

QUEBRADEIRAS DE COCO: “BABAÇU LIVRE” E RESERVAS EXTRATIVISTAS¹

Joaquim Shiraishi Neto

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).
Professor do Programa de Pós-graduação em Direito e Sistemas de Instituição de Justiça
da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR-UFMA).
Pesquisador FAPEMA e CNPQ. Bolsista Visitante FAPEMA.
Email: jshiraishi@uol.com.br

RESUMO

Desde a sua constituição, no início da década de 1990, o Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu - MIQCB - vem discutindo medidas para pôr fim ao processo de devastação dos babaçuais e para garantir o livre acesso e o uso comum das palmeiras. Nas discussões sobre as garantias do livre acesso às palmeiras de babaçu, prevaleceram as propostas das leis do “babaçu livre” e das reservas extrativistas. Enquanto a primeira proposta é fruto das reivindicações do próprio movimento, a segunda decorre da luta dos seringueiros do Acre, incorporada ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação - SNUC. Assim, este artigo objetiva refletir sobre a luta pela garantia de acesso e de uso comum dos recursos naturais a partir da experiência das leis do “babaçu livre” e das reservas extrativistas. Para cumprir o objetivo proposto, a metodologia utilizada baseou-se em técnicas de observação direta e em entrevistas semiestruturadas junto às lideranças do Movimento das Quebradeiras. Embora o movimento tenha várias leis que asseguram os direitos ao livre acesso, tais instrumentos legais vêm sendo desrespeitados.

Palavras-chave: Novos movimentos sociais. Quebradeiras de coco. Uso comum. Babaçu livre. Reservas extrativistas.

¹ Este artigo é resultado de uma pesquisa realizada a pedido da Actionaid do Brasil e do Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu (MIQCB). O Referido trabalho de pesquisa serviu como subsídio para a elaboração de uma cartilha, bilingue, que foi publicada pela Actionaid do Brasil com o título: “Acesso à terra, território e recursos naturais: a luta das quebradeiras de coco babaçu”.

BABAÇU BREAKER WOMEN: "FREE BABASSU" AND EXTRACTIVE RESERVES

ABSTRACT

Since its establishment in the early 1990s, the Babaçu Breaker Women Movement - MIQCB - has been discussing measures to end the process of devastation of babaçuais, as well as ensuring free access and common use of palm trees. In the discussions on the guarantees of free access the babassu palm trees prevailed the proposals of the laws of "free babaçu" and extractive reserves. While the first is the result of the demands of the movement itself, the second one stems from the struggle of the rubber tappers of Acre, incorporated into the National System of Conservation Units - SNUC. Thus, this article aims to reflect on the struggle to guarantee access and common use of natural resources based on the experience of the "free babaçu" laws and extractive reserves. In order to fulfill the proposed objective, the methodology used was based on techniques of direct observation and semi-structured interviews with the leaders of the Babaçu Breaker Women Movement. Although the movement has achieved several laws, which guarantee the rights to free access, these legal instruments have been disregarded.

Keywords: *New social movements; Babaçu breaker women; Common use; Palm free; Extractive reserves.*

INTRODUÇÃO

Ao longo de sua existência, as coordenações do Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu - MIQCB - sempre se empenharam em compreender os processos nos quais se encontravam inseridas, bem como as tramas urdidas pelo direito (em especial, o Direito Ambiental e Agrário) de modo a propor ações, medidas e instrumentos jurídicos capazes de promover a preservação dos recursos naturais e garantir o livre acesso e uso comum das áreas de ocorrência de babaçu. No Estado do Maranhão, por exemplo, a política agrária contribuiu, de maneira legal e ilegal, com o processo de expropriação das quebradeiras de coco e suas famílias de suas terras tradicionalmente ocupadas. Os efeitos da chamada Lei de Terras do Sarney (Lei n. 2.979, de julho de 1969), que disponibilizou as terras devolutas do Estado, ocupadas pelas quebradeiras de coco e suas famílias, às empresas agropecuárias e pecuaristas (ALMEIDA; MOURÃO, 1979), facilitou o processo de “grilagem”² e a concentração das terras.

Ainda no início da organização do movimento, em uma atividade da coordenação ficaram evidentes as distintas situações econômicas que envolviam as famílias de quebradeiras de coco. Na sua maioria, as quebradeiras de coco estão na condição de “sem terra”, isto é, não têm acesso direto à terra, residindo nas chamadas “pontas de rua” das cidades e povoados ou nas “beiras das estradas”, entre a faixa das rodovias e das cercas das fazendas.

As quebradeiras de coco com acesso à terra garantido - “com terra” - representam uma minoria no contexto do movimento. Trata-se daquelas situações de áreas desapropriadas pelo INCRA, áreas regularizadas pelos institutos de terras estaduais ou mesmo adquiridas. As posses consolidadas há anos, terras de herança partilhadas, também se enquadram nessa situação. No entanto, ressalta-se que as quebradeiras de coco “com terra” nem sempre dispõem, em suas terras, das palmeiras de babaçu, o que faz com que elas adentrem outras áreas para a coleta do babaçu.

Diante da condição a que foram submetidas as quebradeiras, o MIQCB incorporou, na sua agenda de luta, dois problemas centrais, que se relacionam com as garantias de reprodução física e cultural, quais sejam: pôr fim às derrubadas de palmeiras e garantir o livre acesso e o uso comum das áreas de ocorrência de babaçu, condição preexistente à apropriação e ao cercamento das terras tradicionalmente ocupadas. Para as quebradeiras

² Sobre o processo de “grilagem” de terras no Maranhão, recomenda-se a leitura: ASSELIN (1982).

de coco, “o livre acesso é aquele que a cancela não tem um cadeado, que o colchete não tem cadeado, esse pra nós é o livre acesso.” (Excerto da entrevista de Maria Alaídes, Lago dos Rodrigues, maio de 2015).

Assim, este artigo objetiva refletir sobre a luta pela garantia do livre acesso e sobre o uso comum dos recursos naturais a partir da experiência das leis do “babaçu livre” e da reserva extrativista. Enquanto a ideia do “babaçu livre” originou-se no contexto do movimento das quebradeiras de coco, a reserva extrativista, embora idealizada pelos seringueiros da Amazônia, especialmente do Acre, foi incorporada à luta após ter sido criada pelo governo federal, que, em 1992, decretou a criação de 4 reservas extrativistas na região.

1 A EMERGÊNCIA DO MOVIMENTO DAS QUEBRADEIRAS DE COCO BABAÇU

O Brasil tem vivido um processo interessante nas últimas décadas, que se relaciona com a emergência de “novos movimentos sociais” e com o processo de reconhecimento jurídico dos diversos grupos designados pelos dispositivos legais de povos e comunidades tradicionais. Trata-se dos povos indígenas e povos quilombolas, das comunidades de seringueiros, de castanheiros, de açazeiros, de catadoras de mangaba, entre tantos outros grupos...

O conteúdo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³ e a promulgação da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT - pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004 evidenciam a força desses movimentos, que até então se encontravam “invisíveis” às políticas de pretensão universal. A Convenção n. 169 da OIT, que é de 1989, estabeleceu, como critério fundamental de identificação, a autodefinição; assim é o próprio sujeito que diz de si mesmo em relação ao grupo ao qual pertence. Tal critério permitiu reforçar a lógica dos movimentos orientados pelos critérios de identidade étnica e coletiva. Sublinha-se que a maioria dos grupos estavam subordinados à categoria de “trabalhadores extrativistas”⁴,

3 Segundo o jurista José Afonso da Silva, “*A Constituição opta, pois, pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, de grupos sociais, econômicos, culturais e religiosos.*” (SILVA, 2007, p. 143; grifos nossos).

4 Nas dezenas de dispositivos legais editados após a Constituição Federal de 1988, identifica-se vários termos ou expressões utilizadas para se referir a esses grupos sociais denominados povos e comunidades tradicionais (SHIRAIISHI NETO, 2010).

cujas atividades eram disciplinadas pelo chamado Estatuto da Terra - Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964.

É em um contexto de intensa mobilização política contra a apropriação privada e exclusiva dos territórios, com desmatamentos generalizados dos recursos naturais, que emerge o Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu - MIQCB.

A atividade extrativa do babaçu é realizada predominantemente por mulheres, embora tenha a participação dos homens em determinados momentos. É uma atividade considerada secundária, cuja safra coincide com a entressafra da chamada roça. A atividade do babaçu, que é aproveitado integralmente pelas famílias, não se restringe à coleta, à quebra e à venda das amêndoas. A fala de dona Dió - transcrita adiante - bem expressa a importância do babaçu para a economia das famílias:

Então, ele (o babaçu) é uma grande importância, porque dele *a gente tira a sustentabilidade*. Eu lembro que a minha mãe, nós morávamos numa casa que ela era de palha, de babaçu, e tanto era em cima como embaixo, tudo fechado e as portas era uma esteira de babaçu. Então pra mim ela tem uma utilidade tão grande que ela serve pra gente em tudo, ela dá a vida pra quem não tem, sabe, ela deu a vida pra nós porque do babaçu vem a amenda pra gente fazer azeite, pra temperar a comida, o leite pra temperar a comida também o leite, a casa você fazer o carvão pra cozinhar, a palha faz o “pacará” pra gente cortar arroz, panhar feijão, botar dentro, sabe, é tudo. E a palmeira quando dá raio que cai na palmeira e ela morre bate no chão, num demora tempo ela dá o adubo, a gente bota numa cebola, é vida, a palmeira dá é a vida. E uma palmeira pra mim, *eu comparo ela como uma mãe de família*. (Entrevista com Diocina Lopes, dona Dió, Lago dos Rodrigues, maio de 2015 - grifos nossos).

Ainda crianças, os filhos e as filhas menores de quebradeiras de coco caminham com suas mães para a “caça do coco”: “Quando eu me entendi, já foi andando nos mato mais ela. Era na roça, era na quebra do coco.” (Excerto da entrevista de Diocina Lopes, dona Dió, Lago dos Rodrigues, maio de 2015). Aprendem desde cedo os significados do babaçu nas suas vidas, bem como as condições adversas em garantir a sua prática, ironicamente, na “terra das palmeiras”. As crianças veem como suas mães se “embrenham” nas matas, às vezes varando as cercas de arame farpado, escondidas, para juntar e quebrar o coco babaçu, sujeitas à sorte de todo tipo de violência.

O árduo dia de trabalho é recompensado com os rendimentos,

que permitem às mulheres a aquisição de produtos básicos (açúcar, café, sardinha...) para suprir as necessidades mais imediatas. Em outros momentos, os resultados são destinados ao pagamento de imprevistos, como os problemas de saúde na família, ou mesmo na compra de pequenos bens, como peças de vestuário às crianças.

Para as quebradeiras, ter rendimento oriundo da coleta e quebra do coco lhes garante uma maior autonomia, pois, com o recurso, podem definir melhor a maneira como gastá-lo, ficando menos sujeitas a seus próprios companheiros. Independentemente dos contextos sociais, econômicos e culturais em que se encontram inseridas, tais propostas, que envolvem o direito de possuir seus próprios recursos, têm um enorme valor para as mulheres. Mesmo em uma sociedade como a norueguesa - de Estado providência forte, chamam a atenção, na teoria jurídica feminista, as discussões em torno do "direito das mulheres ao dinheiro". O direito a ter um rendimento é uma das condições primeiras para que as mulheres possam usufruir da vida com liberdade (DAHALL, 1993).

A importância do babaçu para essas mulheres faz com que elas tenham um cuidado e um sentimento especial em relação às palmeiras, que são chamadas pelas quebradeiras de "árvore mãe"⁵, pois garantem a sobrevivência de toda a comunidade. Como uma mãe, a palmeira distribui igualmente os seus frutos, independentemente da condição dos filhos.

Tal compreensão da natureza, ligada à conservação, rompe com os modelos hegemônicos baseados no controle das pessoas sobre os recursos, a bem dos processos de acumulação de capital. As teorias ecofeministas (MIES; SHIVA, 1993) auxiliam-nos a compreender melhor essa intensa relação das quebradeiras de coco com as palmeiras. Para essas teorias, que articulam as reflexões sobre gênero e meio ambiente, o sistema capitalista floresceu "colonizando" as mulheres, as terras e a natureza. Nos diversos contextos analisados pelas autoras supramencionadas, ficou certo que as mulheres são as maiores afetadas pelos impactos dos projetos de desenvolvimento/crescimento, sobretudo quando esses causam destruição da natureza. Por isso, as mulheres são as primeiras a se organizar e a protestar contra a destruição dos recursos naturais.

À sua maneira, os relatos evidenciam o protagonismo das mulheres na luta contra as derrubadas de palmeiras. À sua forma, as

⁵ A recente Constituição do Equador de 2008 edificou um sistema particular de proteção do meio ambiente, elevando a natureza à condição de "sujeito de direitos". Essa concepção, associada ao "*buen vivir*" (*Sumak Kawsay*, em *kichwa*) está relacionada aos modos de vida e à cosmovisão dos povos indígenas. Sobre os direitos da natureza no Equador, sugere-se: PACARI (2009) e GUDYNAS (2009). A Bolívia, que também tem uma nova Constituição (2009), atribuiu direitos à natureza.

quebradeiras realizaram os primeiros “empates” no final da década de 1980, tal como a luta dos seringueiros contra a derrubada dos seringais no Acre. Em “mutirões”, as mulheres, com outras mulheres e crianças, se juntam para impedir a derrubada de palmeiras de babaçu. Dona Maria Alaídes assim descreveu o que designou como “mutirão”:

Se juntava em mutirão, articulava o horário sem ninguém saber, não era público a nossa articulação...

Nois dizia entre nois: vamos lá que a gente vai precisar e se a gente deixar eles acabarem a gente não tem prá onde ir, e aqui ainda não tem uma fonte de renda onde sustenta a gente que não seja o babaçu.

A gente pedia. Às vezes ele tava com um trator enorme, nois pegava nas mão uma das outras e ia pra frente e pedia pra eles não fazer aquilo, que a gente vivia era daquilo, mostrava o tanto de filho que a tinha pra criar e que a gente não tinha outra fonte de renda. E eles começava a dizer: pra que que vocês deixaram engravidar, vocês não querem comprar televisão, não!? Pra ir assistir pra deixar de engravidar, de tanto menino pra botar no mundo pra não ter como criar. Aqui eu tô cumprindo é ordem, eu não vou fazer a vontade de vocês não. (Entrevista com Maria Alaídes, Lago dos Rodrigues, maio de 2015 - grifos nossos).

A partir de situações concretas que envolvem a luta contra as derrubadas de palmeiras, as quebradeiras de coco se organizaram para enfrentar os problemas localizados relacionados à devastação dos babaçuais, que ameaçavam a sua reprodução física e cultural. Em diversos locais, receberam distintos apoios, cabendo destacar as pastorais ligadas à Igreja Católica e as organizações não governamentais. No contexto do processo de organização, as quebradeiras passaram a reivindicar a ocupação de espaços políticos, geralmente dominados por homens.

A participação em espaços políticos e o grau de conscientização logrado nas lutas fizeram com que as quebradeiras de coco passassem a se preocupar em articular-se com outros grupos de mulheres que também viviam situações semelhantes àquelas enfrentadas nos babaçuais. Acionando critérios de gênero e ecológicos, associados a uma prática jurídica, que disciplina o acesso e uso comum dos recursos naturais, as quebradeiras de coco vão se constituindo enquanto grupo social de identidade⁶.

A ambientalização da luta (LOPES, 2004) das quebradeiras

⁶ Sobre esse processo, que envolve a construção da identidade quebradeiras de coco, indica-se a leitura: ALMEIDA (1995) e SHIRAISHI NETO (2006)

potencializou o seu discurso como grupo social quando elas deixaram de ser estereotipadas para se deslocarem ao centro político dos debates, isto é, quando se tornaram protagonistas por sua consciência ecológica e por sua luta. No início da década de 1990, iniciou-se o processo de organização das mulheres, que se constituiu no Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu - MIQCB.

A constituição do MIQCB contribuiu com a organização da agenda de luta das quebradeiras de coco, que, desde a sua emergência, vem priorizando as questões ligadas à devastação dos recursos naturais e às garantias do livre acesso e uso comum das palmeiras de babaçu. No contexto do processo de organização e luta do movimento, as leis do “babaçu livre” ganharam força, ocupando a agenda política do MIQCB.

2 AS LEIS DO “BABAÇU LIVRE”

Desde a sua constituição, o MIQCB vem discutindo formas para a garantia do acesso e do uso comum dos recursos naturais. Os debates em torno dessa necessidade evoluíram na direção da discussão, da formulação e da proposição de um projeto de lei à Câmara dos Deputados, apresentado por parlamentares próximos ao movimento.

O Projeto de Lei n. 1.428, de 1996, tramitou regularmente na Câmara e foi arquivado por força regimental. O mesmo projeto foi reapresentado outras três vezes,⁷ não logrando aprovação. As enormes dificuldades sentidas em torno da aprovação do projeto fizeram com que o movimento adotasse uma outra estratégia, com a apresentação da proposta às câmaras municipais e, posteriormente, às assembleias legislativas⁸. Tal estratégia de promover a “luta jurídica localizada” (SHIRAISHI NETO, 2011) é uma particularidade de diversos movimentos sociais do Brasil. Ela se distingue de outros contextos, que têm privilegiado formas mais abrangentes de reivindicação, a exemplo do Equador e da Bolívia, que promulgaram novas constituições reconhecendo amplos direitos aos povos indígenas e aos afrodescendentes.

⁷ O Projeto de Lei n. 747/2003 foi submetido ao professor Luiz Edson Fachin, que, na época, emitiu um parecer sobre a constitucionalidade do projeto, tendo sido esse trabalho publicado (FACHIN; PI-ANOVSKI, 2006). Em 2007, o Projeto de Lei foi reapresentado (PL n. 231/2007), apesar de ter sido aprovado por uma comissão especial, foi novamente arquivado.

⁸ No Estado do Tocantins, o movimento aprovou a Lei n. 1.059, de 14 de agosto de 2008, que “dispõe sobre a proibição da queima, derrubada e do uso predatório das palmeiras do coco de babaçu e adota outras providências.” Em 2011, foi aprovada, no Maranhão, a Lei do n. 9.428, de 2 de agosto, que, além de criar o Dia das Quebradeiras de Coco no Maranhão, reconheceu a autoatribuição como critério válido ao reconhecimento das quebradeiras de coco.

Nesse contexto, a primeira lei municipal aprovada pelo movimento foi a Lei n. 05/97, no Município de Lago do Junco. A Lei “autoriza o Chefe do Poder Executivo Municipal a *tornar a atividade extrativista do babaçu uma atividade livre no município* e dá outras providências.” (grifos nossos). Essa lei, assim como as outras que também foram propostas e aprovadas no âmbito da área de atuação do MIQCB, refletem o grau de organização das mulheres nos Municípios, bem como a sua força política.

As leis formalizaram as práticas sociais já existentes no Município. Onde o babaçu era livre, ele manteve-se livre com a aprovação da lei. Enquanto algumas leis garantem o livre acesso e o uso comum das palmeiras, outras condicionam o acesso e o uso à autorização dos proprietários das terras, a exemplo da Lei n. 1/2003, no Município de Paia Norte.

Para a discussão e a apresentação da lei, as quebradeiras de coco se mobilizaram, utilizando-se de várias estratégias traçadas, que vão desde a escolha do vereador que apresentará a proposta à pressão política no dia da votação da lei. Os relatos descrevem a intensa participação das mulheres no dia da votação do projeto: elas descem da cacimba dos caminhões, lotando as câmaras municipais com faixas, cestos, abanos, porretes e machados. Entretanto, nem sempre essas ações se mostram válidas; às vezes, as mulheres são obrigadas a recuar e aguardar uma nova oportunidade para a apresentação do projeto. Em várias ocasiões, o projeto foi reescrito de forma a atender os diversos interesses em jogo.

Ressalta-se que a Lei do “babaçu livre” representa muito mais do que uma simples regra de direito. Seu conteúdo expressa uma maneira particular de relacionar-se com a natureza e as pessoas, constituindo, portanto, uma “nova proposta” de conviver: “to só assuntando a voz da natureza.” (Excerto da entrevista de Diocina Lopes, dona Dió, Lago dos Rodrigues, maio de 2015). Observa-se que os ideais do “desenvolvimento sustentável” - proposta de desenvolvimento que dominou as discussões na década de 1990, estão materialmente presentes nas leis do “babaçu livre”⁹.

O profundo conhecimento da natureza e de seus ciclos faz com que as quebradeiras de coco lutem pela preservação dos recursos

⁹ Em contraposição aos modelos de desenvolvimento hegemônicos, os países andinos, especificamente, a Bolívia (2009) e o Equador (2008) apresentaram o conceito de “*vivir bien*” ou “*buen vivir*”, que estão vinculados à “cosmovisão dos povos indígenas”. O “babaçu livre”, enquanto uma prática social, aproxima-se ao “*vivir bien*” ou “*buen vivir*”, pois contém uma sabedoria, que é produto da experiência de vida das quebradeiras de coco. A respeito do “*vivir bien*”, sugere-se a leitura: HUANACUMI (2010). Já sobre o “*buen vivir*”: ACOSTA (2012).

naturais. Ao longo dos tempos, elas deram demonstrações da ação prática dessa consciência e desse conhecimento, que rebatem na promoção da biodiversidade e das práticas culturais. A sua luta por um meio ambiente sadio vincula-se à necessidade de consumir produtos saudáveis, para garantir sua segurança alimentar.

As leis do “babaçu livre” trazem em seu conteúdo os ideais de igualdade e de solidariedade, exercitados, na prática, pelas quebradeiras de coco. Quando elas saem para “caçar o coco”, respeitam os diversos costumes, como o de nunca cortar o cacho inteiro do coco, pois, se assim o fizerem, apenas uma única família ganha; por outro lado, deixando o coco cair naturalmente, respeitando o seu ciclo vital, qualquer uma poderá fazê-lo. Quando caem no chão, os cocos podem ser amontoados e, assim, não são tomados por outras mulheres. Tal prática coaduna-se com a percepção da necessidade e da capacidade de cada mulher coletar o suficiente para a sua reprodução. Sabendo que cada quebradeira coleta de acordo com as suas necessidades, não se verificam disputas entre as mulheres pelo recurso, que é utilizado de forma aberta e comum pelas diversas famílias que dele dependem. O coco é igual e solidariamente distribuído entre as quebradeiras de coco e suas famílias, já que, como “árvore mãe”, deve prover a todos, indistintamente. Aqui, um segundo elemento da ideia de desenvolvimento sustentável.

As práticas de preservação, associadas ao uso comum, estão vinculadas a uma compreensão de Justiça. A “mãe natureza” dispõe da vida nas suas mais variadas formas, de maneira que as quebradeiras de coco se organizam para garantir uma distribuição justa e solidária dos recursos. Tais práticas e concepções estão relacionadas a outras ideias - a segurança e a soberania alimentar.

Embora as leis do “babaçu livre” contenham muitos atributos positivos, elas são objeto de contestações, sobretudo por desconhecimento ou mesmo por ignorância dos proprietários das terras e dos governos federal e estaduais, que insistem em adotar estratégias de desenvolvimento extremamente predatórias e que colocam em risco os diversos grupos sociais na região. As mulheres têm plena consciência de que a eficácia da lei depende de ações práticas. Sabem que somente a lei não basta:

Nois não podemos deixar no papel. Nois não podemos desleixar, pois tem que ficar falando e falando e falando, porque se não, acaba, porque aí fica no papel, não tem um monte de lei lá no Congresso Nacional, que nem ligam de jeito nenhum, e diz que

é lei, lei como se tá lá só no papel não vai valer não. Entao a lei do babaçu, do acesso ao babaçu, se a gente desleixar pra deixar só no papel não vai valer, a prova tá aí, os arado acabando. (Entrevista com Diocina Lopes, dona Dió, Lago dos Rodrigues, maio de 2015 - grifos nossos).

Não é só a lei em si no papel que garante porque a gente tem que fazer valer essa lei. Fazer valer a lei é assim: porque a gente não pode cruzar os braços porque tem uma lei aprovada, porque se você fizer isso de novo as palmeiras vai tudo pro chão porque o fazendeiro não vai valorizar essa lei da gente, né!? Então, precisa a gente ta la dizendo que não pode derrubar, precisa você tá lá entregando uma cópia dessa lei pro fazendeiro pra eles também ter consciência de que não pode tá derrubando, não pode tá queimando, não pode ta botando veneno aqui no municipio. (Entrevista com Sebastiana Ferreira Costa Silva, dona Moça, Lago dos Rodrigues, maio de 2015 - grifos nossos).

Tal compreensão das quebradeiras de coco do que seja a lei e o direito são reveladoras da consciência e do conhecimento adquiridos por essas mulheres em suas lutas cotidianas. Distante de uma leitura ingênua ou mesmo idealizada do direito, comum aos estudantes de Direito, elas compreendem que o resultado, isto é, a eficácia da lei está condicionada a um campo de disputas, que envolve o “direito em dizer o direito” (BOURDIEU, 1989). Para isso, divulgam a existência da lei, interpretando-a à sua maneira, que expressa uma nova convivência entre as pessoas e entre as pessoas e a natureza.

Nesse contexto de discussão de formas de garantia ao livre acesso e ao uso comum das palmeiras de babaçu, o recém-criado MIQCB foi surpreendido, em 1992, com a criação de 4 reservas extrativistas no âmbito de atuação do movimento, que ainda hoje se encontram em processo de criação, à exceção da reserva extrativista Quilombo do Frechal, por tratar-se de uma comunidade de remanescentes de quilombo.

3 AS RESERVAS EXTRATIVISTAS DE BABAÇU

A proposta de Reserva Extrativista - RESEX -, incorporada ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação - SNUC -, Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, é o resultado das estratégias desenvolvidas pelos seringueiros da Amazônia, em especial dos seringueiros do Acre, na luta

contra os desmatamentos e a garantia da posse das árvores de seringa¹⁰ utilizadas tradicionalmente. Contra os grandes desmatamentos da floresta, os seringueiros organizavam os “empates”:

Os ‘empates’ são feitos através de mutirões dos seringueiros. À medida que os seringueiros tomam conhecimento de que têm companheiros ameaçados pelo desmatamento, de que uma área está ameaçada pelo desmatamento dos fazendeiros, se reúnem várias comunidades, principalmente a comunidade afetada, organizam-se assembleias no meio da mata mesmo e tiram-se lideranças, grupos de resistência que *vão se colocar diante das foices e das motosserras de maneira pacífica, mas organizada*. Tentam convencer os peões, que estão a serviço dos fazendeiros, a se retirarem da área. (GRZYBOWSKI, 1989, p. 38 - grifos nossos)

Em um contexto de luta dos seringueiros é que as RESEXs são propostas. A reserva extrativista representou uma alternativa de preservação e econômica da floresta Amazônica¹¹; nesse sentido, aproxima-se da luta das quebradeiras de coco pelo “babaçu livre”. Tal proposta estava articulada a um conjunto maior de outras políticas, voltadas às garantias do preço da borracha no mercado nacional e à melhoria das condições de produção e de comercialização dos produtos oriundos da extração da borracha.

No início de 1992, momentos que antecedem a realização da Conferência Mundial do Meio Ambiente, no Rio de Janeiro (Eco 92), o então presidente Fernando Collor de Mello, em uma verdadeira estratégia de “marketing ecológico” para promover o país na arena mundial, cria, na região de atuação do MIQCB, 4 reservas extrativistas de prevalência do extrativismo do babaçu, a saber:

10 Sobre as situações vivenciadas pelos seringueiros do Acre, que envolve um sistema específico de posse, recomenda-se a leitura: FACHIN (1990).

11 A *Revista Globo Rural* (2015) publicou uma reportagem sobre as reservas extrativistas sob o título: “Gado ameaça sonho de Chico Mendes: criadas há 25 anos, reservas extrativistas vivem contradição entre preservação e avanço dos pastos”; atribuem o avanço da criação de gado à irresponsabilidade dos próprios moradores, que estão a desobedecer às leis que regulamentam o uso das unidades de conservação. Para uma discussão não sensacionalista ou impressionista do gado nas reservas extrativistas, sugere-se: PANTOJA, COSTA e POSTIGO (2009).

Tabela 01: Reservas Extrativistas de Babaçu

n. de Ordem	Denominação da Reserva	Município-UF	Extensão (Há)	População estimada	Decreto
01	Mata Grande	Imperatriz, Davinópolis e João Lisboa - MA	10.450	1.500	532, de 20/5/92
02	Ciriaco	Cidelândia - MA	7.050	1.150	534. DE 20/5/92

Fonte: SHIRAISHI NETO, Joaquim. Babaçu Livre: conflito entre a legislação extrativista e práticas camponesas. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de, et. al. (orgs.). *Economia do Babaçu: levantamento preliminar de dados*. São Luís: MIQCB e Balaios Typographia, 2001. p. 61

Embora originárias do processo de luta dos seringueiros, as reservas extrativistas de prevalência de babaçu criadas pelo governo federal apresentam especificidades relacionadas às formas de acesso e uso que merecem ser aqui sublinhadas. Enquanto, nas reservas de seringa, a apropriação da área é comum, e o seu uso é privado por família, já que cada seringueiro é detentor de uma estrada de seringa (o que se chama de “colocação”), nas reservas de babaçu a apropriação e o uso são comuns às famílias, que se utilizam das palmeiras de acordo com suas necessidades e capacidades.

As reservas extrativistas de babaçu criadas apresentam ainda uma particularidade que merece ser destacada: as quebradeiras de coco e suas famílias não moravam na área delimitada, objeto do decreto. Contudo, o fato de não morarem ali não implicava que não estivessem realizando a atividade extrativa do babaçu, pois, como já foi assinalado, a maioria das quebradeiras de coco está na condição de “sem terra”.

Em pequenos povoados, ao redor das propriedades/reservas, é que moravam as mulheres e suas famílias, o que gerou, no início, uma grande tensão e conflito com os técnicos do governo, que não admitiam uma reserva extrativista sem uma população fixa vivendo na área. Diante de tal constatação (diga-se: realizada após a criação das reservas), o processo foi temporariamente suspenso até que novos estudos técnicos e levantamentos fossem realizados.

À exceção da reserva extrativista Quilombo do Frechal - que

se trata de uma área de comunidade de remanescentes de quilombo, as demais áreas criadas pelos decretos ainda hoje não foram consolidadas, estando inconclusos seus processos administrativos. Enquanto a reserva extrativista do Ciriaco foi parcialmente desapropriada, as reservas da Mata Grande e do Extremo Norte ainda continuam sendo submetidas a novos e novos levantamentos.

A demora por parte do governo federal em concluir os processos permitiu que os proprietários das terras se organizassem e passassem a utilizar estratégias com objetivo único de tentar impedir a consolidação das reservas criadas. Os moradores próximos às áreas revelam que os grandes proprietários passaram a fracionar suas propriedades de modo a dificultar as ações de desapropriação. Atualmente, a área da reserva da Mata Grande constitui-se de uma porção de pequenos proprietários, muito diferente do momento de sua criação. Os moradores relatam também que, após a edição dos decretos, houve uma intensificação das derrubadas de palmeiras de babaçu, sem que fosse tomada qualquer medida. Aliás, a reduzida quantidade de palmeiras foi um dos principais argumentos utilizados pelo próprio governo federal para propor um projeto de lei ao Congresso, solicitando a extinção da criação dos decretos que criaram a reserva extrativista da Mata Grande (MA) e Extremo Norte (TO), que, felizmente, acabou não prosperando.

No início de 1992, as quebradeiras de coco e lideranças sindicais ficaram sabendo que o governo havia criado as reservas extrativistas na região. Em alguns locais, uma visita antecedeu a sua criação. Técnicos do governo, sobrevoando a região, definiram a localização e os limites das áreas. As porções de terra consideradas com maior densidade de palmeiras foram as escolhidas para a implantação das unidades de conservação, importando destacar que essas não estavam no rol de áreas reivindicadas pela luta do movimento sindical, que se cercavam de outras prioridades.

Nesse período, a região ainda era conhecida pelos intensos e violentos conflitos de terras. Apesar de as áreas das reservas não se encontrarem na agenda de lutas, as organizações locais e o MIQCB assumiram e passaram a se mobilizar para a sua efetiva implantação até o momento em que foram alijadas das discussões. Aquelas organizações que, em algum momento, se manifestaram contrárias às chamadas "parcerias" propostas pelo ICMBio, foram, aos poucos, sendo excluídas e não participaram mais das definições políticas que envolvem as reservas

extrativistas.

Todavia, é importante ressaltar que o contexto atual, que comporta um conjunto de fatores, certamente tem-se colocado como verdadeiro obstáculo a impedir a consolidação das unidades de conservação criadas. Não bastassem as dificuldades de compreensão dos técnicos do governo federal do que seja a atividade extrativa do babaçu, o próprio ICMBio local vem conduzindo, de forma temerária, os processos organizativos, que tendem a inviabilizar as reservas extrativistas criadas em 1992.

A expansão da produção de ferro-gusa, com as denúncias de trabalho escravo nas carvoarias, fez com que as indústrias passassem a se interessar pela produção do carvão do coco do babaçu. O ICMBio, por meio de seu técnico, levou e incentivou a produção do carvão do coco na área da reserva extrativista do Ciriaco. Como as indústrias são muitas e a produção do carvão deve acompanhar essas necessidades, esse fato levou à coleta indistinta dos cocos, mesmo que os produtores do carvão alegassem o contrário, que estavam produzindo o carvão a partir dos cocos maduros e podres.

A coleta não seletiva do coco para a produção do carvão, sem qualquer cuidado com as garantias de reprodução das palmeiras, tem contribuído com o processo de devastação dos babaçuais na região. A despeito das denúncias e dos reclamos, a atividade de produção do carvão do coco prosperou e perdura no interior da reserva do Ciriaco¹².

Além disso, o ICMBio também vem insistindo para que as associações das reservas do Ciriaco e da Mata Grande firmem “parcerias” com a Indústria de Papel e Celulose Suzano, não obstante todos os impactos gerados negativamente nos modos de vida das quebradeiras de coco. Várias quebradeiras foram obrigadas a se deslocar para as “pontas de rua” dos povoados ou para as periferias das cidades, já que as áreas tradicionalmente utilizadas se transformaram em imensas florestas de eucalipto. Na reserva Ciriaco, assim como em diversos povoados, as mulheres que se dedicavam à atividade extrativa do babaçu tiveram que se tornar assalariadas das empresas terceirizadas, que prestam serviços à indústria¹³, pois acabaram

12 Na Reserva Extrativista do Ciriaco ainda persistem outros problemas: o maior deles é o aumento da criação de gado na área da reserva. Hoje, o presidente da associação da Reserva Extrativista do Ciriaco, que foi “vaqueiro” de um dos proprietários das terras, dirige a associação e impõe suas regras chegando a afirmar que a “reserva vai virar um assentamento”.

13 Além dos problemas decorrentes da atuação dos empreendimentos que colocam em risco a maneira de viver das quebradeiras de coco, em diversos momentos as mulheres entrevistadas descreveram como são nocivas as políticas sociais do governo federal de caráter universal, que não se importam com as necessidades dos grupos.

os babaçuais. Em períodos sazonais, elas são contratadas para a realização de pequenos serviços, como: limpar as áreas, plantar e cuidar das mudas de eucalipto e outros.

Segundo informações e relatos, essas ações protagonizadas pela indústria vêm servindo para desorganizar a vida de centenas de quebradeiras de coco, camponeses, ribeirinhos e assentados na região. No sentido de tentar “apagar” esses graves problemas, a indústria adota uma política agressiva de cooptação de técnicos do governo, das organizações e das lideranças dos movimentos sociais. Com vistas a realizar seus objetivos, contratou estrategicamente, para a realização das chamadas “parcerias”, uma técnica, que esteve muito próxima a lideranças das quebradeiras de coco na época em que foi nomeada para chefiar o Ibama de Imperatriz (MA). Hoje, essa pessoa se utiliza do capital social construído para aproximar-se das organizações ligadas aos movimentos das quebradeiras de coco, mediando pequenos projetos e interesses da indústria Suzano. Na reserva do Ciriaco, a indústria se comprometeu com a instalação de uma fábrica para o processamento de óleo do babaçu. Junto às quebradeiras de coco do povoado Petrolina, promoveu duas ações: assessorou as mulheres na criação da Associação das Quebradeiras de Coco do Povoado Petrolina; e formalizou um contrato que autoriza as quebradeiras de coco do povoado a realizar a coleta do coco babaçu em uma área de sua propriedade. Tais exemplos, ainda que pequenos, demonstram bem essa estratégia política urdida pela indústria em prol de seus interesses econômicos.

Estranhamente, a despeito dos enormes problemas gerados pela indústria de Papel e Celulose Suzano às maneiras de viver das quebradeiras de coco, as mulheres não conseguem compreender tal postura do ICMBio. Elas questionam: “se o papel do ICMBio era para trabalhar a conservação dos produtos da floresta, eles estão fazendo aqui justamente o contrário, já que vivem correndo atrás da tal parceria.” Se a indústria não está diretamente envolvida, impondo obstáculos à consolidação das reservas criadas, suas ações têm contribuído para esse processo. O assalariamento das quebradeiras de coco e as formas de cooptação utilizadas dividem e desmobilizam as lutas e as conquistas do movimento.

Na região de Imperatriz (MA), as lideranças de quebradeiras de coco se colocam ceticamente ao modelo de reserva extrativista adotado, já que as dezenas de dispositivos legais, que disciplinam a sua criação, nas mãos de alguns técnicos, têm mais servido para afugentar as verdadeiras parceiras. As lideranças se recordam de que apostaram na proposta,

juntamente com outros movimentos, apesar de não terem participado dos critérios de definição das áreas, criadas unilateral e autoritariamente pelo governo federal, em 1992.

Atualmente, as dificuldades de consolidação das reservas podem ser compreendidas, de um lado, pela total incapacidade do ICMBio de coordenar o processo de maneira autônoma, sem interferência dos chamados “parceiros”, que insistem em associar-se ao discurso e às práticas ecologicamente sustentáveis das quebradeiras de coco - se bem que é difícil acreditar que indústrias de ferro-gusa e de produção de papel e celulose possam ganhar essa designação: “parceiros”. Por outro lado, as políticas públicas federais em curso - de incentivo às exportações de “*commodities*”, com apoio dos governos estaduais e locais, têm atravessado as práticas tradicionais e contribuído com a destruição das maneiras de viver, de fazer e de criar das quebradeiras de coco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final das entrevistas, fazia um breve questionamento sobre se foi válida a luta até o momento. Indistintamente, todas as mulheres se manifestaram, considerando que, apesar de todos os problemas, foram muitos os avanços e os ganhos em relação à luta pela preservação e pelo acesso ao coco babaçu. Contudo, elas enfatizaram que a luta não termina e que, agora, estão diante de “inimigos” mais poderosos, que buscam impedir que o movimento conquiste as suas principais bandeiras, que se relacionam com a proibição das derrubadas e com as garantias de acesso e de uso comum das palmeiras.

As quebradeiras de coco babaçu lembram que, no início, o antagonista era o grande proprietário de terra e seus jagunços; hoje, não; elas estão diante de grandes produtores e de poderosas indústrias, ambos conectados com o mercado internacional. A sofisticação das estratégias utilizadas, que envolve a cooptação de lideranças do movimento, bem como a intensidade, a velocidade e o tamanho das devastações, são proporcionais a essa força demonstrada, o que implica um novo agir e, talvez, novas leis, que possam ser mais abrangentes e disciplinadoras das ações.

Nesse processo, observa-se que o critério identidade contribui em maior capacidade de os grupos sociais exercerem mobilização política para reivindicar direitos. A organização e a mobilização em torno de direitos constituem-se em importante instrumento para enfrentar as situações

locais, que se evidenciam nos processos de disputa pelos territórios. A proposta de reserva extrativista, por sua vez, longe de ser um consenso, apresenta-se como algo a ser discutido pelo movimento. Observa-se que, diante dos problemas internos (relacionados ao ICMBio) e externos (a conjuntura regional), o movimento não tem uma postura definida acerca da reserva extrativista, como alternativa viável ao acesso à terra e aos recursos naturais.

Contudo, objetivando fortalecer a sua luta, o movimento vem procurando compartilhar as experiências, sobretudo aquelas relacionadas à proposição de instrumentos legais direcionados à preservação, ao acesso e ao uso dos recursos naturais. Junto às “catadoras de mangaba”, o movimento se envolveu contribuindo na discussão e na elaboração do projeto de lei que originou a Lei Estadual n. 7.082, de 16 de dezembro de 2010. Observa-se, também, que as ações e estratégias do movimento vêm servindo como inspiração a muitos movimentos, como o projeto de lei apresentado pelas “comunidades de fundo de pastos, no Município de Antônio Gonçalves, na Bahia, que “cria a Lei do Licuri livre ou Lei do Oricuri, sua preservação, extrativismo e comercialização” (Lei Municipal n. 4/05). No contexto dos “novos movimentos sociais”, o protagonismo das Quebradeiras de Coco na discussão e na proposição de instrumentos legais para a preservação, o acesso e o uso dos recursos naturais é reconhecido pelos mais variados grupos sociais.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. *Buen Vivir Sumak Kawsay*. Uma oportunidade para imaginar otros mundos. Quito: Abya Yala, 2012.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. *As quebradeiras de coco babaçu: identidade e mobilização*. São Luís: MIQCB-A.W.B.Almeida, 1995.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; SHIRAIISHI NETO, Joaquim; MARTINS, Cynthia Carvalho. *Guerra Ecológica nos Babaçuais: o processo de devastação dos palmeirais, a elevação do preço de commodities e o aquecimento do mercado de terras na Amazônia*. São Luís: Lithograf, 2005.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; MOURÃO, Lais. Questões Agrárias no Maranhão Contemporâneo. *Pesquisa Antropológica*. Brasília, nº 9-10, maio/jun. 1979. (mimeo).

ASSELIN, Victor. *Grilagem: corrupção e violência em terras do Carajás*. Petropolis: Vozes, 1982.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 209-254.

DAHL, Tove Stang. O Direito das Mulheres. *Uma introdução à Teoria do Direito Feminista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

FACHIN, Luiz Edson. Posse e Seringueiros: aspectos jurídicos. *Revista da Associação Brasileira de Reforma Agrária (ABRA)*. Campinas, ano 20, nºs 1,2, 3, abril/dezembro de 1990.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. O Direito ao Livre Acesso as Áreas de Babaçu: Notas sobre o PL 747/03. *HILEIA Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. Manaus, ano 4, n.7, p.79-93, jul./dez. 2006.

GADO ameaça sonho de Chico Mendes. *Revista Globo Rural*, nº 354, p. 50-56, abril de 2015.

GRZYBOWSKI, Candido (org.). *O Testamento do Homem da Floresta*. Chico Mendes por Ele Mesmo. Rio de Janeiro: FASE, 1989.

GUDYNAS, Eduardo. *El Mandato Ecológico*. Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución. Quito: ediciones Abua Ayala, 2009.

HUANACUMI, Fernando. *Vivir Bien / Buen Vivir*. Filosofia, políticas, estratégias y experiencias regionales. 4. ed. La Paz: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas- CADI, 2010.

LENZI, Cristiano Luis. *A Sociologia sob o Signo Ecológico*: um estudo sobre modernização ecológica, desenvolvimento sustentável e teoria da sociedade de risco. Campinas, 2003. Doutorado em Ciências Sociais - Departamento do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP).

LOPES, José Sérgio Leite. A “ambientalização” dos conflitos sociais. In: LOPES, José Sérgio Leite (coord.) *A Ambientalização dos Conflitos Sociais*. Participação e controle público da poluição industrial. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004, p. 17-38.

MIES, Maria; SHIVA, Vandana. *Ecofeminismo*. Lisboa: Piaget, 1993.

PACARI, Nina. Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas. In: ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (compiladores). *Derechos de la Naturaleza*. El futuro es ahora. Quito: Ediciones Abya Ayala, 2009, p. 31-37.

PANTOJA, Mariana; COSTA, Eliza Lozano; POSTIGO, Augusto. A presença do gado em reservas extrativistas: algumas reflexões. *Revista Pós-Ciências Sociais*. São Luís, v. 6, nº12, p. 115-130, 2009.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Novos Movimentos Sociais e Padrões Jurídicos no Processo de Redefinição da Região Amazônica. In: SHIRAIISHI NETO, Joaquim, et. All. (orgs.). *Meio Ambiente, Território & Práticas Jurídicas: enredos em conflito*. São Luís: EDFMA, 2011. p. 23-52.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. *Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil*. 2. ed. Manaus: UEA, 2010.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. *Leis do Babaçu Livre*. Práticas Jurídicas das Quebradeiras de Coco e Normas Correlatas. Manaus: PPGSCA-UFAM/FORD, 2006.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Babaçu Livre: conflito entre a Legislação Extrativista e Práticas Camponesas. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de, et. All (orgs.). *Economia do Babaçu: levantamento preliminar de dados*. São Luís: MIQCB e Balaios Typographia, 2001, p. 47-72.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Artigo recebido em: 26/10/2016.

Artigo aceito em: 04/04/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Quebradeiras de Coco: “Babaçu Livre” e Reservas Extrativistas. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 147-166, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/920>>. Acesso em: dia mês. ano.

TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL NA AMAZÔNIA

Adriana Passos Ferreira

Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá (U-NIFAP).
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).
Promotora do Ministério Público do Estado do Pará.
Email: apferreira@mp.pa.gov.br

Helena Cristina Guimaraes Queiroz Simões

Doutora em Educação pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).
Mestre em Biodiversidade Tropical pela Universidade Federal do Amapá (UNIFAP).
Professora do Mestrado em Direito Ambiental e Políticas Públicas e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP).
Email: hcsimoes@unifap.br

Fernando Castro Amoras

Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Amapá (UNIFAP).
Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Amapá (UNIFAP).
Técnico em Assuntos Educacionais da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP).
Email: fernandogentry@hotmail.com

RESUMO

Este trabalho analisa a efetividade reparatória, preventiva e compensatória dos Termos de Ajustamento de Conduta Ambiental propostos por Ministérios Públicos estaduais. Objetiva-se verificar se os compromissos ajustados por órgãos ministeriais apresentam potencial para reverter ou minimizar danos ao meio ambiente. Foram selecionados três termos de ajustamento de conduta para análise documental: dois do Estado do Amapá e um do Estado do Pará, ambos localizados na Amazônia Oriental, extremo norte brasileiro, cujo histórico de exploração e de danos ambientais caracterizam a região há décadas. Em dois dos casos, as cláusulas foram coerentes com as normas constitucionais e com os princípios ambientais, com fixação de prazos para o cumprimento das obrigações; e foram indicados agentes que pudessem auxiliar o cumprimento do acordo para além da figura do Ministério Público, destacando-se cláusulas de natureza reparatória. Em outro caso, ficou evidenciada a priorização por soluções compensatórias

diversas do equivalente ecológico, caracterizando pouco efeito pedagógico dos acordos e reversão dos danos ambientais.

Palavras-chave: Termo de Ajustamento de Conduta. Proteção Ambiental. Ministério Público.

*ENVIRONMENTAL CONDUCT ADJUSTMENT
AGREEMENTS IN AMAZON*

ABSTRACT

This research evaluated the repairing, preventing and compensating effectiveness of environmental conduct adjustment agreements proposed by states public prosecutors. Hence, this study focused on verifying whether commitments undertaken by prosecution agencies have been able to reverse or at least minimize damages to the environment. For this, three conduct adjustment agreements were gathered for documentary analysis, being two from Amapá state and one from Pará state; both regions are within the eastern Amazon. These lands lie in the far north of Brazil, wherein the history on timber harvesting and environmental damages have been remarkable for decades. In two of the cases, terms were consistent with constitutional rules and environmental principles, setting deadlines for implementation of obligations and designation of agents who could assist in compliance of targets beyond the public prosecutor, highlighting causes of repairing nature. In the latter case, it was observed prioritization by different compensation solutions other than the ecological equivalent, featuring a low educational effect of the agreements, besides the lack of plans for environmental damage recovery.

Keywords: Conduct Adjustment Agreement; Environmental Protection; Public Prosecutor.

INTRODUÇÃO

No cenário mundial, a palavra Amazônia é sinônimo de riqueza e abundância natural, atraindo a cobiça de grandes empreendimentos ávidos em explorar sua biodiversidade e seu potencial econômico. A ocupação do território amazônico desde sua origem é demarcada pela degradação do meio ambiente, com todos os reflexos oriundos do desrespeito aos direitos dos homens e da natureza, os quais suportam todas as mazelas provenientes da agressividade do capital, marcando o que Loureiro (2009, p. 39) chama de “contraste da miséria da região natural mais rica do planeta.”

Em função de privilégios fiscais concedidos pelos entes federativos, grandes empreendimentos instalam-se na Amazônia, gerando um passivo ambiental considerável, oriundo dos danos provocados por suas atividades. Em razão dessa visão de desenvolvimento implementada pelo governo brasileiro, os Estados do Amapá e Pará, que fazem parte da Amazônia Oriental, no extremo norte do Brasil, foram palco da implantação de grandes projetos e atividades econômicas, dos quais se seguiram perenes danos ambientais (LOUREIRO, 2009).

Em descompasso com o avanço dos empreendimentos e com a complexidade dos danos causados, empenharam-se os órgãos públicos competentes em zelar pela proteção do meio ambiente, cuja atuação ainda busca meios para potencializar a efetividade dos instrumentos de tutela ambiental.

A legislação ambiental brasileira dispõe de uma série de instrumentos jurídicos hábeis à proteção ambiental, porém alguns desses instrumentos não atingem sua finalidade em razão das amarras do sistema processual e burocrático-administrativo em que estão envolvidos. Em decorrência disso, o meio ambiente padece de danos sucessivos, não raras vezes com perdas irreversíveis, por causa do lapso temporal transcorrido entre a ocorrência da lesão e o momento da efetiva reparação determinada judicialmente.

Entre os instrumentos de proteção jurídica do bem ambiental, destaca-se o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, que pode ser manejado pelos órgãos ambientais responsáveis pelo controle e pela fiscalização das atividades suscetíveis de degradar a qualidade do meio ambiente, visando a acordos voltados a sanar e a recuperar os danos causados pelos empreendimentos.

Dessa forma, considerando-se a importância e a finalidade desses

acordos, analisar-se-á, neste artigo, se os termos de ajustamento de conduta ambiental firmados pelo Ministério Público do Estado do Amapá (MP/AP) e pelo Ministério Público do Estado do Pará (MP/PA) são revestidos de cláusulas que assegurem a efetiva reversão do dano ambiental, sob os aspectos da prevenção, da reparação e da compensação.

Nesse compasso, o problema de pesquisa a ser desenvolvido surgiu do seguinte questionamento: é possível afirmar que os termos de ajustamento de conduta ambiental propostos pelos Ministérios Públicos dos Estados do Amapá e do Pará contribuíram efetivamente para a reparação de danos ambientais provocados por empresas de grande porte econômico?

O estudo baseou-se em autores como Akaoui (2010), Araújo (2011), Bastos e Brito (2008), Fernandes (2008), Leite e Ayala (2011), Mazzilli (2006) e Rodrigues (2010), que destacam a importância do ajustamento de conduta para a reparação de dano ao meio ambiente, mas criticam sua proliferação em matéria ambiental com primazia de cláusulas compensatórias, sem controle de resultados, justificando-se, assim, a necessidade de analisar a efetividade das cláusulas reparatórias produzidas.

Com esse parâmetro, em razão de os Estados do Amapá e do Pará pertencerem ao espaço territorial amazônico, caracterizado pela presença de grandes empreendimentos de exploração econômica com reflexos ambientais negativos, buscou-se analisar como os respectivos Ministérios Públicos - órgãos cuja competência, entre outras, é proteger o meio ambiente reconhecido como um direito humano fundamental - trabalham as cláusulas de tutela ambiental nos termos de ajustamento firmados.

A fim de estabelecer um recorte temporal para favorecer as argumentações apresentadas, e considerando-se a acessibilidade dos dados, foram analisados os termos que tiveram maior repercussão institucional no período de 2007 a 2012, e escolhidos um de cada Estado. Restou, ao final, a análise de três acordos, em função de obrigação solidária do dano ocorrido no Estado do Amapá, que tinham como compromissários grandes grupos econômicos. Tais documentos foram acessados, com as devidas autorizações, nos bancos de dados das Promotorias de Justiça e do Centro de Apoio Operacional dos Ministérios Públicos do Amapá e do Pará.

Assim, objetiva-se analisar as cláusulas dos termos de ajustamento de conduta ambiental firmado entre o Ministério Público do Meio Ambiente, de Conflitos Agrários, Habitação e Urbanismo da Comarca de Macapá e o compromissário Faculdade de Macapá (FAMA), e o Termo

de Ajustamento de Conduta firmado entre o Ministério Público do Estado Pará, a Promotoria de Justiça de Barcarena e o compromissário Imerys Rio Capim Caulim S/A. E, por meio de análise qualitativa, objetiva-se também aferir a efetividade reparatória desses termos de ajustamento para fins de proteção ambiental.

1 DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

No período pós-Segunda Guerra Mundial, os conceitos antigos de Direito Internacional, que priorizavam a proteção do Estado como ente soberano, cederam espaço ao reconhecimento, no âmbito internacional, do ser humano como sujeito de direitos fundamentais, podendo esse invocar, para tutelar tais direitos, um leque de instrumentos jurídicos de abrangência internacional (ALEXY, 2008).

Nesse cenário, como importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais, ganha força o diálogo crescente que estava sendo travado entre dois grandes temas da globalidade: a proteção internacional dos direitos humanos e o Direito Internacional do meio ambiente, cujo estudo conjunto possibilita a compreensão dos reflexos da globalização na defesa dos direitos fundamentais.

Na ordem jurídica brasileira, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88 -, em seu art. 225, atribui ao poder público e à sociedade o dever de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, vinculando esse dever ao compromisso com a estabilização e a prevenção do quadro de risco e degradação ecológica, ao mesmo tempo que contempla a moderna teoria constitucional, que avança para a sedimentação de um Estado Socioambiental de Direito, a partir do qual não se concebe mais a segregação de direitos fundamentais em categorias, pois eles se correlacionam e se complementam, de modo a legitimar o direito ao meio ambiente sadio e de qualidade como direito fundamental necessário para viabilizar a saúde, a vida, a moradia, etc.

Com efeito, a norma constitucional reconheceu que o quadro de destruição ambiental põe em risco a própria existência humana; e que o pressuposto para uma vida digna depende do equilíbrio ambiental para resguardar a sadia qualidade de vida, que deve ser protegida pelo poder público e pela sociedade.

Assim, o dever de proteção ambiental transcende a figura do homem como sujeito de direitos e aporta na totalidade das vidas do

ecossistema, na busca do tão desejado equilíbrio ambiental, exigindo do poder público e da coletividade um agir atento, proativo e vigilante, para assegurar que as presentes e as futuras gerações possam usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Logo, o reconhecimento do dever à proteção ambiental como direito fundamental, introduzido como valor na CR/88, faz com que a implementação desse dever passe a ser um objetivo e uma tarefa estatal, por meio de medidas administrativas e legislativas relativas à tutela ecológica, tanto em sua dimensão objetiva quanto na adoção de políticas públicas; e não se limita aos deveres exemplificativos contidos no marco constitucional.

Dessa forma, o Estado, em sua atuação - à luz do princípio da precaução -, deve atuar de modo a evitar os riscos, considerando que a proteção ambiental é um dever. Nesse sentido, caso não sejam implementadas ações propícias a assegurar um meio ambiente equilibrado e saudável, o Estado-Juiz poderá ser acionado para corrigir as violações detectadas. Mais do que isso, todos os órgãos estatais constituídos devem observar a regra-matriz constitucional e buscar, de modo célere e eficiente, soluções rápidas e práticas para prevenir e reparar danos ambientais, a fim de assegurar, efetivamente, a tutela do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, definido no art. 225 da CR/88.

1.1 O Ministério Público e o dever de proteção do meio ambiente

O Ministério Público - MP -, conforme dispositivo constitucional brasileiro (art. 127, *caput*), tem a missão de atuar na defesa da ordem democrática e dos direitos da coletividade. Hoje, seu reconhecimento é inconteste na defesa dos direitos fundamentais, entre eles o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida, ressaltando-se que sua atuação não se restringe a fiscalizar o cumprimento da lei, mas tem o dever de torná-la efetiva no âmbito do Estado Socioambiental de Direito.

Moreira (2004), ao tratar da legitimação do MP para atuar na área ambiental, reconhece as dificuldades diante da complexidade das atribuições ministeriais e afirma que

a função em suma, de fiscal da lei e defensor da sociedade é extensa, complexa e relevante, somente equiparável a vastidão das responsabilidades que pesam sobre os ombros dos representantes do Ministério Público, encarregado de promover e realizar

– o que não é fácil e não pode prescindir de vocação e sacrifícios – vasta missão que simplesmente se escreve, com poucas palavras nos frios dispositivos legais [...] Tal mister encerra não só a obrigação do representante do Ministério Público nos processos judiciais, como fora deles, em assuntos administrativos. Razão pela qual seus representantes têm que ser dinâmicos, estando sempre prontos para intervir onde quer que haja violação (MOREIRA, 2004, p. 46).

Com enfoque em sua atuação na área ambiental, é imperioso reconhecer que a interdisciplinaridade própria do Direito Ambiental (RUBES, 1999), diante da convergência de diversas áreas do conhecimento, demanda a busca de um constante aperfeiçoamento e o reconhecimento de que a carência ou a rejeição de suporte técnico e normativo pode conduzir à ineficácia no manejo dos instrumentos de atuação.

Percebe-se que o MP tem relevante função na proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo assumir a defesa dessa importante causa, com adoção de todas as cautelas normativas, técnicas, administrativas e processuais para garantir a efetividade de seus instrumentos de atuação em matéria ambiental.

Nesse sentido, Teixeira (2000, p. 15), avalia que “[...] a degradação ambiental coloca em risco direto à vida e à saúde das pessoas, individual e coletivamente consideradas, bem como a própria perpetuação da espécie humana”.

Grau (2003) ensina que é preciso muito mais para realizar a justiça do que a análise fria da lei. Segundo esse autor,

aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual é inscrito é autossuficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade [...]. Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Poder Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação (GRAU, 2003, p. 313).

Piovesan (1997) assevera que a norma do art. 5º, § 1º, da CR/88 impõe

[...] aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Este princípio intenta assegurar

a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (PIOVESAN, 1997, p. 64).

Mais do que um agente estatal da área jurídica, restrito aos conteúdos disciplinares da academia, a dinâmica ambiental exige do membro do Ministério Público a busca incessante do respeito aos aspectos normativos e técnicos interdisciplinares com a justiça social, visto que muitas soluções para questões ambientais não estão dispostas nos manuais jurídicos ou na legislação vigente; e acabam por emergir de casos concretos sem precedentes, exigindo atenção para adotar o instrumento de atuação mais eficaz ao fim dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, tornou-se imperioso refletir sobre a atuação ministerial a partir do Estado Socioambiental de Direito, que demanda um agir cada vez mais integrado, não só sob o campo de vista institucional, mas também sob o de persecução da participação social, uma vez que sucumbir a essa visão trará modificações estruturais na forma como os instrumentos jurídicos de atuação são concebidos, definidos e implementados pelo Estado, com a consciência de tratar-se de um direito fundamental, cuja tutela serve para a sobrevivência das presentes e das futuras gerações.

Leite e Ayala (2011) afirmam que

o fortalecimento do *status* material do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas legislações infraconstitucionais, os infortúnios ambientais crescentes oriundos de uma sociedade de risco, e a ecologização do Direito demandam uma transformação emergencial do papel do Estado (LEITE e AYALA, 2011, p. 35-38).

Daí a necessidade de fincar alicerces que sustentem a concepção do Estado Socioambiental de Direito, cujo objetivo maior é buscar a harmonização entre os elementos jurídicos, sociais e políticos, para alcançar a satisfação da dignidade humana ao mesmo tempo que garanta, também, um equilíbrio na condição ambiental.

Para Canotilho (2004), são três os pressupostos essenciais para edificação do Estado de Direito Ambiental: 1) adoção de uma concepção integrada do meio ambiente; 2) a institucionalização dos deveres fundamentais ambientais; e 3) o agir integrativo da administração.

Observa-se, assim, que sem lançar mão de sua independência

funcional, o membro do Ministério Público deve adequar sua atuação na busca da efetiva reparação ambiental. Nesse contexto, importante consideração é registrada por Rodrigues (2010), ao afirmar que

[...] é forçoso reconhecer que é difícil trilhar o equilibrado caminho da atuação séria e consistente sem sucumbir aos holofotes da mídia, ao personalíssimo exarcebado, ao messianismo pueril. Por isso, precisamos superar, dentro do possível, as referências pessoais e construir uma instituição com rotinas e normas que propiciem o efetivo exercício das relevantíssimas atribuições constitucionais, sempre dentro do princípio da proporcionalidade e razoabilidades e, observando constante diálogo, quando possível com os demais atores políticos (RODRIGUES, 2010, p. 62).

Não se trata de questionar o princípio constitucional da independência funcional do membro do MP, que assegura aos seus componentes atuação de acordo com sua convicção diante do caso concreto, mas de buscar conciliar essa atuação com o princípio da unidade, para traçar ações institucionais sistematizadas na busca do fortalecimento dessa unidade; e, havendo conflito entre princípios, deve-se ponderar diante do caso concreto para definir qual deles prevalecerá (ALEXY, 2008), de modo que os instrumentos de atuação sejam aperfeiçoados sob a ótica da unidade institucional.

A homogeneização de atuação das ações ministeriais, como é bem observado por Akaoui (2010), não implica mitigação do princípio da independência funcional dos membros do MP. Esse autor ressalta que a atuação deve ser “responsável, de modo a não permitir que o degradador ou aquele que permite a existência do risco do dano deixe de cumprir suas obrigações legais, agora estampadas no compromisso de ajustamento de conduta” (AKAOUI, 2010, p. 124). Akaoui considera que

a atuação do Ministério Público em desacordo com o desiderato legal gera verdadeiro desconforto a toda classe, pois pode ser questionada pela própria coletividade, notadamente por meio das organizações não governamentais, quanto à sua atuação equivocada, deixa um argumento nas mãos dos degradadores no sentido de que estão sendo tratado com desigualdade por um e outro órgão da instituição (AKAOUI, 2010, p. 124).

Portanto, de maneira contributiva, sem a pretensão de esgotar as reflexões sobre a temática, o dever de proteção ambiental, ora focado

no Ministério Público, demanda o reconhecimento de que seus membros devem traçar sua atuação na área ambiental com base nos três elementos de edificação do Estado Socioambiental de Direito - citados por Canotilho (2004) como corolário para fortalecer seus instrumentos de atuação.

2 O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL

O Termo de Ajustamento de Conduta surge no período histórico da redemocratização do Brasil, como instrumento para enfrentar as demandas da sociedade de massa, na qual os novos direitos passam a ganhar relevo no cenário jurídico social, clamando solução célere para os conflitos que emergem como desafio para o poder estatal, na tutela dos direitos transindividuais.

Entre os instrumentos de proteção jurídica do bem ambiental, destaca-se o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, que pode ser manejado pelos órgãos ambientais responsáveis pelo controle e pela fiscalização das atividades suscetíveis de degradar a qualidade ambiental, visando a acordos voltados a sanar e a recuperar os danos causados pelo empreendimento.

Assim, diante de uma ação ameaçadora ou violadora do bem ambiental, pode ser feito um acordo com vistas a evitar ou a remover a conduta reprovada. De acordo com a CR/88, em seu art. 225, § 3º, a reparação deve ser integral, e as cláusulas constantes do ajustamento de conduta têm como objetivo readequar a conduta lesiva ao ordenamento jurídico vigente, delineando todas as medidas viáveis para a efetiva e integral proteção do bem ambiental tutelado. Por se tratar da tutela de um direito indisponível, o órgão tomador não pode transigir sobre a extensão do dever de prevenir ou de reparar o bem ameaçado ou violado, sendo vedada a dispensa total ou parcial dos deveres jurídicos do causador da perda.

Desse modo, o ajustamento deve corresponder à satisfatória prevenção ou à integral reparação do dano ambiental, restringindo-se assim suas cláusulas às condições de forma, tempo e lugar de seu cumprimento. O órgão tomador deve abster-se de renunciar a deveres legais contemplados no ordenamento jurídico em detrimento dos interesses da coletividade, comportando cláusulas de fazer, de não fazer, de dar ou de indenizar, necessárias para prevenir ou reparar o dano.

O Termo de Ajustamento de Conduta não pode ser imposto ao

compromissário, visto que depende da prévia manifestação de vontade desse, devendo haver duas assonâncias distintas, porém coincidentes, recíprocas e concordantes sobre a celebração do termo de ajuste, quais sejam: a do órgão público, que manifesta sua vontade não só no momento da celebração do negócio, mas também na fixação do cumprimento das obrigações; e a do compromissário, que manifesta seu acordo no sentido de comprometer-se a ajustar sua conduta às exigências da lei.

2.1 O Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental e o Ministério Público

A dinâmica ambiental demanda uma atuação extrajudicial do membro do Ministério Público em um novo perfil institucional, visto que, diante da primazia do direito fundamental e da iminência da violação do direito, a solução deve ser atual e efetiva para sanar a crescente degradação ambiental.

O agir imediato do MP pode prevenir a eclosão de demandas judiciais futuras. Em virtude disso, o promotor de justiça deve estar sempre vigilante para as questões ambientais. Rodrigues (2010, p. 73) chama a atenção para uma “revolução silenciosa” que ocorreu no rol da atuação ministerial com as funções realizadas fora do âmbito judicial, ressaltando que a atuação extrajudicial, muitas vezes, pode não culminar com a redação de peça judicial, mas cristalizar-se em um intenso trabalho na busca da melhor solução para corrigir violação de direitos, tais como: a coleta de termos de declarações, a realização de inspeções, a requisição de documentos e outras diligências.

Diante da ameaça ou da ocorrência do dano ambiental, deve-se buscar, prioritariamente, a prevenção ou a sua reparação. Ocorre que, sob o ímpeto de obter uma resposta célere, nota-se a multiplicação de termos de ajustamento de conduta sem controle de resultados qualitativos quanto à efetiva reparação do dano ao meio ambiente.

É nessa perspectiva que se analisará se os termos de ajustamento firmados nos Ministérios Públicos dos Estados do Amapá e do Pará - nos quais figuram como compromissários grandes empreendimentos que praticaram atos de degradação ambiental - são revestidos de cláusulas que assegurem a efetiva reparação do dano.

2.2 Disposições normativas sobre Termos de Compromisso de Conduta nos Ministérios Públicos dos Estados do Amapá e do Pará

Inicialmente, destaca-se que os Ministérios Públicos do Amapá e do Pará, por meio de atos administrativos, no caso, resoluções emanadas dos respectivos Colégios de Procuradores, têm buscado disciplinar e delinear a utilização dos termos de ajustamento de conduta, tanto no aspecto procedimental quanto em seus conteúdos. Trata-se de estabelecer parâmetros para a adoção desses instrumentos, com exigência de cláusulas obrigatórias que lhes assegurem eficácia, uma vez que sua utilização desmedida, sem disciplina institucional, poderia gerar sua banalização como forma de evitar o processo judicial, sem que houvesse um retorno qualitativo a partir de seu manejo.

O § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/85 assim dispõe: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (BRASIL, 1985). A partir da norma-matriz, foram editadas resoluções no MP/AP e no MP/PA, com a finalidade de disciplinar e uniformizar a atuação de seus membros.

A Resolução n. 001/2012 do Colégio de Procuradores do MP/AP, de 21 de maio de 2012, disciplinou os procedimentos extrajudiciais no âmbito dessa instituição, dispondo, no Capítulo IV, sobre o Compromisso de Ajustamento de Conduta. No Estado do Pará, a Resolução n. 010/2011 do Colégio de Procuradores do MP/PA, de 30 de junho de 2011, disciplinou, na Seção V, os procedimentos sobre o Compromisso de Ajustamento de Conduta.

3 EFETIVIDADE DOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA CELEBRADOS NO MINISTÉRIO PÚBLICO DO AMAPÁ E PARÁ

Foram coletados termos de ajustamento de conduta de casos com repercussão social em ambos os Estados, o que motivou seus destaques no presente estudo, quais sejam: a) os impactos ambientais provenientes da construção da União de Faculdades do Amapá (FAMA), nas imediações da Lagoa dos Índios, em Macapá - AP, com análise de dois termos, por obrigação solidária e b) o vazamento do rejeito líquido represado na Bacia de Rejeitos da Imerys Rio Capim Caulim S/A, que resultou em poluição ambiental nas águas dos igarapés Curuperê e Dendê e Praia de Vila do

Conde, áreas de preservação ambiental no Município de Barcarena, no Pará.

A partir da delimitação documental, passar-se-á a analisar o levantamento das cláusulas dos respectivos termos de ajustamento, com o objetivo de subsidiar análise quanto ao alcance reparador proveniente da adoção do instituto, para, ao final, dizer se os ajustamentos analisados contribuíram ou não para a reparação do dano ambiental constatado.

Serão três os termos de compromissos analisados, a saber: a) Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental firmado entre o Ministério Público do Meio Ambiente, de Conflitos Agrários, Habitação e Urbanismo da Comarca de Macapá - AP - e o compromissário FAMA; b) Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental firmado entre o Ministério Público do Meio Ambiente, de Conflitos Agrários, Habitação e Urbanismo da Comarca de Macapá - AP - e o compromissário Luk Comércio e Representações Ltda.; e c) Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental firmado entre o Ministério Público do Estado do Pará, a Promotoria de Justiça de Barcarena - PA - e o compromissário Imerys Rio Capim Caulim S/A.

3.1. Estudo de caso 1: degradação da Lagoa dos Índios, em Macapá - AP

No presente estudo, destacou-se o Termo de Ajustamento de Conduta firmado em razão da degradação ambiental da Lagoa dos Índios, que compõe uma área de ressaca da bacia hidrográfica do Igarapé da Fortaleza, cujas delimitações passam pelos Municípios de Santana e Macapá, no Estado do Amapá.

Área de ressaca, de acordo com o Plano Diretor do Município de Macapá - Lei Complementar n. 26/2004 - PMM (TOSTES, 2006), é entendida como áreas que se comportam como reservatórios naturais de água, apresentando um ecossistema rico e singular e que sofre as influências das marés e das chuvas de forma temporária. São consideradas áreas de proteção ambiental permanente, de acordo com a Lei n. 835, de 27 de maio de 2004, do Estado do Amapá, que dispõe sobre o reordenamento territorial, uso econômico e gestão ambiental das áreas de ressacas (AMAPÁ, 2004).

Além de ser uma área de preservação permanente, a Lagoa dos Índios é considerada patrimônio natural por abrigar, em seu território, uma comunidade remanescente quilombola em Macapá - AP -, de modo que o uso dos recursos naturais mudou de sentido: deixou de ser somente para

a sobrevivência da comunidade para converter-se em bem de usufruto econômico privado, sofrendo bastante com a influência de empreendimentos empresariais e habitacionais após a construção da Rodovia Duque de Caxias. Exemplo dessa situação é a edificação e a instalação de uma faculdade privada nessa região.

A Lagoa dos Índios é palco de um reflexo negativo do avanço do capitalismo na Amazônia, sob a justificativa do desenvolvimento econômico no qual a ação humana, marcada por uma ocupação urbana desordenada, provocou, segundo Tostes (2006), danos ambientais irreparáveis.

Observa-se que os impactos ambientais provocados pela expansão urbana na área afetam o ecossistema da Lagoa dos Índios e o próprio ser humano, conforme descrição de Bastos e Brito (2008):

Para medir os impactos negativos da área da Ressaca Lagoa dos Índios, a SEMA e o IEPA, elaboraram um diagnóstico, onde consta que a intensa ocupação no entorno da Lagoa e da emissão de detritos está ocorrendo um aumento significativo de matéria orgânica que facilita a formação de gases venenosos, como o metano e o enxofre, que mata os peixes e torna a água proibitiva ao consumo humano (processo de eutrofização artificial da Lagoa). Observou-se que há uma imensa sedimentação na Lagoa provocada pela ação antrópica, pelo aterramento e pela presença de vegetação macrófita, o que dificulta a penetração dos raios solares na água. Devido a este processo, há quebra da estabilidade do ecossistema, ocasionando um desequilíbrio entre a produção da matéria orgânica, o consumo e a deposição de lixo de toda natureza (BASTOS e BRITO, 2008, p. 22-23).

Inicialmente, o MP/AP, ao constatar a existência do dano ambiental, com fundamento no Laudo Pericial n. 212/2006 da Polícia Técnica, ingressou com ação penal em face das pessoas jurídicas Luk Comércio e Representações Ltda., União de Faculdades do Amapá e Y. Yamada S.A. Comércio e Indústria, em razão de descumprimento reiterado do ajustamento de conduta firmado em 2004 com a Secretaria de Estado do Meio Ambiente do Estado do Amapá.

O Laudo n. 1.212/2006 descreveu os seguintes danos encontrados: “a degradação física, química e biológica da parte oeste da Lagoa dos Índios” (NEVES, 2014, p. 84); a instalação de lixão a céu aberto; o aterramento de áreas aquáticas às margens da lagoa; a supressão de vegetação nativa e o despejo de esgoto diretamente na região alagadiça - responsáveis pela proliferação de bactérias e pela redução do *habitat* de peixes e outras

espécies da fauna e flora.

Por questões jurídicas, a empresa Y. Yamada S.A. Comércio e Indústria saiu do polo passivo da ação, que prosseguiu em face aos demais réus, que assinaram, cada um, o Termo de Ajustamento de Conduta que será objeto de análise no presente estudo.

3.1.1 Termo de ajustamento de conduta ambiental firmado entre o Ministério Público do Meio Ambiente, de Conflitos Agrários, Habitação e Urbanismo da Comarca de Macapá - AP - e o compromissário FAMA

O Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o MP/AP e a União das Faculdades do Amapá foi firmado com dez cláusulas. Foi construído com disposições que incluíam normas gerais, delimitação do objeto, natureza das obrigações, fiscalização, fixação de prazos de cumprimento, sanções e multa pelo descumprimento, concluindo com disposições finais. Entre essas cláusulas, serão analisadas a segunda, a terceira, a quarta, a quinta, a sétima, a oitava e a nona.

A cláusula segunda delimitou o objeto, qual seja: a negociação da adoção de procedimentos que visam à conservação e à preservação do meio ambiente, especialmente da área da ressaca Lagoa dos Índios. A disposição vincula a construção das demais cláusulas, tendo como foco a conservação e a preservação do meio ambiente, considerando que foram constatados pelo Laudo n. 1.212/2006 danos que tiveram comonexo causal as atividades comerciais do compromissário.

Esperava-se que, em consonância com as diretrizes constitucionais de reparação integral, fossem estabelecidas cláusulas que primassem pela recuperação da área degradada, o que não ocorreu. Assim é que, nas cláusulas terceira e quarta do mencionado Termo de Ajustamento de Conduta, constam obrigações de fazer e de não fazer com fins compensatórios sem vinculação a equivalentes ecológicos.

Na cláusula terceira, foi determinada uma obrigação de não fazer de caráter genérico, com conotação de prevenção inculpada nos termos em que o compromissário assumiu obrigação de abster-se de exercer quaisquer atividades nocivas ou que causassem qualquer espécie de degradação ambiental na área de preservação ambiental denominada Lagoa dos Índios. Com base no Laudo n. 1.212/2006, já haveria subsídios para consignar quais as principais abstenções que o compromissário deveria cumprir para mitigar os impactos ambientais, o que não foi observado no termo em

questão.

Na cláusula quarta, para fins de extinção de punibilidade de processo penal, que exigia a constatação da efetiva reparação ambiental, foram dispostas obrigações de fazer, nos seguintes termos: a) produzir, editar e distribuir 20.000 (vinte mil) cartilhas sobre educação ambiental, para preservação e conservação da área da Lagoa dos Índios; b) produzir e editar um filme educativo, em DVD, com 200 (duzentas) cópias, a ser utilizado durante campanhas de educação ambiental da Prefeitura Municipal de Macapá; c) disponibilizar, pelo período de 4 (quatro) anos, dois professores para desenvolver projetos de gestão e de preservação ambiental da Lagoa dos Índios; e d) disponibilizar cinco bolsas integrais de estudos a pessoas carentes da Comunidade Quilombola da Lagoa dos Índios, localizada no entorno da Lagoa dos Índios, para os cursos de graduação existentes na FAMA, enquanto durar o curso, independentemente do prazo de vigência do Termo firmado.

Conforme foi consignado na cláusula quarta, as condições da suspensão condicional do processo exigiram a comprovação da efetiva reparação do dano ambiental, o que não foi viabilizado nas obrigações de fazer dispostas, visto que tais condições limitaram-se a consignar obrigações de fazer compensatórias, diversas de equivalentes ecológicos, que não atendem aos ditames constitucionais da preservação e da restauração do *status quo* ambiental que, nesse caso específico, seria possível com a retirada das edificações irregulares.

Na cláusula quinta, dispôs-se que a fiscalização do cumprimento do ajustamento de conduta estava a cargo do MP/AP, que efetuaria a fiscalização e a execução do acordo com inspeções pessoais que seriam consignadas em autos de constatação, com a adoção das providências legais cabíveis (AMAPÁ, 2007a). Para fins de efetividade, entende-se que teria sido um espaço oportuno para inserir agentes intervenientes, que pudessem auxiliar na fiscalização do cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, com a inclusão de representantes de organizações governamentais e não governamentais.

No Termo de Ajustamento de Conduta analisado, não constou a estipulação de prazos para o adimplemento de cada obrigação; apenas a cláusula sétima dispôs sobre o prazo geral para o adimplemento das obrigações, que seria de 2 (dois) anos, “com possibilidade de prorrogação por igual período, desde que devidamente acordada e justificada, nos termos do disposto no art. 28 da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, combinado

com o art. 89 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995” (AMAPÁ, 2007a, p. 4). Talvez, a prévia fixação de prazos tornaria a exigibilidade das obrigações mais transparente, não deixando ao alvedrio do compromissário a escolha de como e quando realizar o adimplemento das obrigações, cujo impacto social e ambiental estimado teria, provavelmente, maior efeito.

As cláusulas oitava e nona dispunham, respectivamente, sobre as sanções e cominações para caso de descumprimento, dispondo sobre a revogação do benefício de suspensão condicional do processo, com repercussão no imediato prosseguimento da Ação Penal Pública n. 4.089/2007 e no ajuizamento da competente ação executória, além do pagamento de multa diária no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), que poderia ser exigida conjuntamente com as demais obrigações até o seu integral adimplemento e sem prejuízo da execução específica por terceiros, salvo por motivo devidamente justificado. Destaca-se aqui que a multa cominatória não parece estar em consonância com a capacidade econômica do compromissário, o que pode minimizar o efeito pedagógico esperado.

Assim, quanto ao Termo de Ajustamento de Conduta analisado, pode-se perceber que:

1 - suas cláusulas não são coerentes com as normas constitucionais e com princípios ambientais, sob a perspectiva de resguardar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;

2 - a ausência de fixação de prazos para o cumprimento das obrigações contrasta com a necessidade de dar uma resposta rápida diante do dano comprovado, haja vista que deixa ao alvedrio do compromissário o adimplemento das obrigações ao longo de dois anos;

3 - a primazia de obrigações de fazer com conotação compensatória, diversa de equivalente ecológico, não atende aos fins legais de natureza reparatória, pois a escolha de ações voltadas exclusivamente para educação ambiental, atingindo um número reduzido de pessoas, não tem o condão de potencializar o resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e as futuras gerações;

4 - não foram relacionados agentes que pudessem auxiliar na fiscalização do cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, ficando esse procedimento restrito à figura do MP/AP.

Dessa forma, constata-se ausência de efetividade do termo firmado entre o MP/AP e o compromissário FAMA, considerando-se o déficit de cláusulas de natureza reparatória e a primazia das cláusulas compensatórias.

Portanto, vale analisar se, na tentativa do agir mais célere do órgão ministerial, a efetividade dos termos não fica prejudicada para efeito de coibir a prática consciente da degradação ambiental no Brasil. Os acordos respeitam os princípios constitucionais ambientais, não quando simplesmente compensam, mas quando efetivamente reparam.

3.1.2 Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Ministério Público do Meio Ambiente, de Conflitos Agrários, Habitação e Urbanismo da Comarca de Macapá e os compromissários Luk Comércio e Representações Ltda.

O Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o MP/AP e Luk Comércio e Representações Ltda. foi firmado com dez cláusulas. Entre seus considerandos, esse termo reconhece que o compromissário é proprietário de diversos imóveis edificadas na região, consignando ser a empresa proprietária de área situada no entorno da Lagoa dos Índios, onde edificou diversas benfeitorias e desenvolve variadas atividades econômicas, entre elas o arrendamento de imóveis ali sediados. Nesse aspecto, o mencionado termo destacou que as atividades do compromissário provenientes das obras realizadas no local provocaram danos ambientais na Lagoa dos Índios; e, a partir dessa situação, o Termo de Ajustamento de Conduta dispôs obrigações ao compromissário.

O termo foi construído com disposições sobre normas gerais, delimitação do objeto, natureza das obrigações, fiscalização, fixação de prazos de cumprimento, sanções e multa pelo descumprimento, concluindo com disposições finais. Entre essas cláusulas, será analisada a quarta, uma vez que as demais reproduziram o termo de ajustamento anterior.

Na cláusula quarta, o Termo de Ajustamento de Conduta estabeleceu, obrigatoriamente, a abstenção do compromissário de promover novos aterramentos ou de realizar novas edificações, construções ou quaisquer outros empreendimentos na faixa de preservação permanente da Lagoa dos Índios. Nesse dispositivo, encontra-se claro e efetivo resguardo aos princípios constitucionais ambientais, destacando-se o da prevenção, tendo em vista ele que proíbe ações contrárias à preservação ambiental do local.

Também na cláusula quarta havia a obrigação de fazer compensatória diversa de equivalente ecológico, dispondo que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, o compromissário deveria promover, na Comunidade Quilombola Lagoa dos Índios, a construção de um posto

de saúde, com gabinete odontológico e fornecimento de profissional médico com carga horária mínima de 4h/dia, durante 12 (doze) meses após a construção desse posto. O prédio deveria, conforme o Termo de Ajustamento de Conduta, ser transferido ao patrimônio do governo do Estado do Amapá. Essa cláusula visou a uma compensação à comunidade tradicional quilombola que ocupava a área, de modo que se constituiu numa forma de minimizar o impacto social proveniente das doenças provocadas pela alteração do ecossistema do local.

Os demais itens da cláusula quarta, de obrigação de fazer, têm conotação de reparação em consonância com o texto constitucional, que prima pela reparação do dano ambiental, fixando prazos e instrumentos legais necessários para adimplir as obrigações, dentro de uma visão integrada do dever de proteção ambiental, com resguardo das presentes e das futuras gerações.

Assim, quanto ao ajustamento de conduta analisado, pode-se concluir:

1 - suas cláusulas são coerentes com as normas constitucionais e com princípios ambientais, sob a perspectiva de resguardar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e as futuras gerações. As cláusulas compensatórias de fazer ou de indenizar foram estabelecidas excepcionalmente;

2 - foram estabelecidos prazos para cumprimento das obrigações de fazer de natureza reparatória, o que possibilita o acompanhamento de seu impacto na sociedade;

3 - a única cláusula de natureza compensatória buscou resguardar a saúde da comunidade local atingida diretamente pelo dano ambiental;

4 - não foram relacionados agentes que pudessem auxiliar na fiscalização do cumprimento do termo, ficando esse procedimento restrito à figura do MP/AP.

Diante desse fato, constata-se a efetividade, em parte, do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o MP/AP e o compromissário Luk Comércio e Representações Ltda., considerando-se a primazia de cláusulas de natureza reparatória. Tem-se, portanto, que, ao dispor de acordos que impõem abstenção de práticas que alterem o *status* do ecossistema, o Termo de Ajustamento de Conduta torna-se instrumento jurídico ambientalmente efetivo.

3.2 Estudo de caso 2: vazamento de caulim em Barcarena - PA

O Município de Barcarena situa-se no Estado do Pará, numa área territorial de 1.310 km²; apresenta uma população de 99.800 (noventa e nove mil e oitocentos) habitantes, compreendendo 36,43% desses na zona urbana e 63,57% na zona rural (IBGE, 2010). Sua geografia é marcada por rios e ilhas, apresentando florestas ciliares e de várzeas nos trechos sob influência de inundações. Ocorre também o mangue e a siriúba, margeando os grandes rios e as ilhas do Município, com um clima quente equatorial úmido, inserindo-se na região amazônica.

Durante o regime militar, sob o rótulo de desenvolvimento e modernização da Amazônia, foram implementados empreendimentos com a inserção de projetos industriais de beneficiamento de minério em Barcarena, modificando significativamente a economia local baseada na produção e venda de abacaxi e farinha. Atualmente, Barcarena é considerada um polo industrial, destacando-se no setor de alumínio, de caulim e nas siderurgias.

Nesse contexto, destaca-se o Grupo Imerys, que opera no Município de Barcarena desde 1996, por meio da empresa Imerys Rio Capim Caulim S/A, que possui fábricas de beneficiamento de caulim na região e já provocou alguns acidentes ambientais.

Entre os acidentes ambientais em Barcarena, será objeto de análise o que foi praticado pela empresa Imerys Rio Capim Caulim S/A, que comunicou aos órgãos públicos de gestão do meio ambiente, no dia 12 de junho de 2007, um vazamento na bacia de contenção número 3 (três), situada a 50 metros do Bairro Industrial, onde viviam, na época, cerca de 500 famílias. O vazamento durou cerca de um dia, lançando no meio ambiente 300 mil metros cúbicos de rejeitos usados na produção de caulim. Parte desse material atingiu a estrada que separa a empresa do Bairro Industrial, os igarapés Curuperê e Dendê e suas respectivas áreas de preservação permanente, bem como as praias do Caripi, Conde e Itupanema, tingindo suas águas de branco por uma semana, causando prejuízo aos ecossistemas aquáticos e risco à saúde da população local, que utilizava os rios para consumo, higiene e afazeres domésticos (LIMA et al., 2011).

Em razão desse acidente, foi instaurado Inquérito Civil tombado sob o número 01/2007, na 1ª Promotoria de Justiça de Barcarena, tendo como diligências preliminares a requisição de perícias executadas pelo Instituto Evandro Chagas e pelo Centro de Perícias Científicas Renato Chaves. O laudo do Instituto Evandro Chagas concluiu que houve danos

para a vida aquática dos rios afetados e graves impactos socioambientais para as comunidades ribeirinhas, além do comprometimento das águas subterrâneas dos poços das residências da área do Bairro Industrial, localizado em Barcarena - PA. O laudo pericial emitido pelo Centro de Perícias Científicas Renato Chaves detectou que o vazamento ocorreu por ausência de monitoramento sistemático da Bacia de Rejeitos n. 3.

Após as diligências realizadas no mencionado Inquérito Civil para apurar a extensão do dano socioambiental causado, foi firmado, ao final, Termo de Ajustamento de Conduta que delineou um conjunto de ações a serem implementadas, com vistas a verificar e a compensar os danos ocorridos, proporcionando também instrumentos de discussão com a sociedade.

3.2.1 Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental firmado entre o Ministério Público do Estado Pará, a Promotoria de Justiça de Barcarena e o compromissário Imerys Rio Capim Caulim S/A

O Termo de Ajustamento de Conduta entre o MP/PA - por meio da Promotoria de Justiça de Barcarena - e o compromissário Imerys Rio Capim Caulim S/A, foi firmado com sete cláusulas (PARÁ, 2007).

Nesse aspecto, destaca-se que as atividades econômicas do compromissário, provenientes de suas atividades econômicas no local, provocaram danos socioambientais em áreas de preservação da cidade de Barcarena; e, a partir dessa situação, foram delineadas as obrigações do compromissário, com cláusulas que delimitam objeto, obrigações, intervenções para fiscalização, sanções para descumprimento, responsabilidades, as comunicações necessárias para dar publicidade e as disposições finais. Para fins do presente trabalho, serão analisadas as cláusulas primeira, segunda, terceira e quarta.

A cláusula primeira do Termo de Ajustamento de Conduta destaca que seu objeto/objetivo é a reparação integral do dano ambiental decorrente do acidente constatado. A definição do objeto estava em sintonia com o texto constitucional, reconhecendo medidas reparatórias, preventivas e precaucionais, que devem ser adotadas como regra para resguardar a proteção ambiental.

A cláusula segunda descreveu como seriam alcançados os objetivos dispostos na cláusula primeira e elencou uma série de obrigações de fazer, de não fazer, medidas compensatórias e indenizatórias para

corrigir o dano. Entre elas, estão: a) evitar lançar nos rios, no solo ou no ar, substâncias que possam prejudicar o equilíbrio ambiental; b) apresentar Plano de Recuperação da Área atingida à Secretaria Estadual do Meio Ambiente, com o respectivo cronograma de execução por parte do compromissário; e c) apresentar plano de desativação de bacias de rejeitos de pelo menos 3 (três) das 5 (cinco) bacias.

Foram exigidos valores monetários, como medidas compensatórias e indenizatórias pelos danos causados, para possibilitar a realização de benefícios que viabilizassem qualidade de vida à população afetada pelo acidente do vazamento de caulim, totalizando mais de R\$ 5.202.847,00 (cinco milhões, duzentos e dois mil e oitocentos e quarenta e sete reais).

A cláusula terceira dispôs que a fiscalização do cumprimento das obrigações constantes do ajustamento é atribuída ao MP/PA, que, independentemente das responsabilidades dos órgãos ambientais, poderia delegar poderes a quaisquer órgãos oficiais a seu critério, a expensas do compromissário, mediante prévio ajuste entre as partes, havendo inclusão expressa dos intervenientes que auxiliariam na fiscalização do cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta.

A cláusula quarta dispôs sobre as sanções para o caso de descumprimento do ajustamento, que seriam aplicadas independentemente das sanções penais, cíveis e administrativas. Destaca-se que a multa cominatória em caso de desobediência ao acordo do termo, no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), parece estar em consonância com a capacidade econômica do compromissário, o que remete um efeito pedagógico no sentido de adimplir o compromisso em razão de ser um valor que, pressupõe-se, traria impacto às finanças da empresa, se executado. Assim, quanto ao Termo de Ajustamento de Conduta analisado, pode-se concluir que:

1 - suas cláusulas são coerentes com as normas constitucionais e com princípios ambientais, sob a perspectiva de resguardar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e as futuras gerações. Destaca-se que as cláusulas compensatórias de fazer ou de indenizar foram estabelecidas excepcionalmente e, mesmo assim, têm relação direta na reparação dos impactos socioambientais.

2 - foram estabelecidos prazos para cumprimento das obrigações de fazer de natureza reparatória, o que possibilitava o acompanhamento de seu impacto na sociedade.

3 - foram inseridos agentes intervenientes que auxiliassem na

fiscalização do cumprimento do termo, não ficando esse procedimento restrito à figura o MP/PA.

Diante desses fatos, constata-se a efetividade do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o MP/PA e o compromissário Imerys Rio Capim Caulim S/A, considerando-se a primazia de cláusulas de natureza reparatória. Destaca-se que a efetivação se perfaz pela obrigação de evitar a reincidência da prática degradadora, produzindo efeitos reais de equilíbrio ambiental.

CONCLUSÕES

A reflexão, na presente pesquisa, sobre os casos que ensejaram a construção dos ajustamentos de conduta, permitiu constatar que a omissão do Estado em prevenir atividades danosas ao meio ambiente ainda exige maior controle.

Do ponto de vista da efetividade, pode-se concluir que os ajustamentos de conduta analisados se amoldam, somente em parte, ao princípio constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que as cláusulas de natureza compensatória ainda são aceitas em casos em que poderiam ser determinadas cláusulas de natureza reparatória.

Em dois dos casos, as cláusulas foram coerentes com as normas constitucionais e com princípios ambientais de proteção e de restauração dos processos ecológicos; houve fixação de prazos para o cumprimento das obrigações; foram relacionados agentes que pudessem auxiliar na fiscalização para além da figura do MP. No entanto, em um dos casos não foram apresentadas cláusulas de natureza reparatória que restaurassem os danos ambientais documentalmente comprovados. Ao contrário, o ajustamento trouxe soluções compensatórias sem resultados efetivos vinculados às questões ambientais.

Se o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental é um dos instrumentos de controle e de fiscalização das atividades suscetíveis de degradar a qualidade ambiental, visando a acordos voltados a sanar e a recuperar os danos causados pelos empreendimentos, cabe ao representante estatal legitimado para tal - o membro do Ministério Público -, envidar o máximo de esforços para inserir cláusulas cujo foco seja a proteção ao meio ambiente, destacando sua recuperação, ou, diante da irreversibilidade, cláusulas de prevenção e de compensação ambientalmente vinculativas.

Assim, não basta reconhecer a existência do dano para evocar a tutela ambiental. É necessário haver uma integração dos atores sociais, nos moldes do preâmbulo do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na qual se afirma que é dever de todos a proteção ambiental, de modo que se extraia o máximo de efetividade dos instrumentos de tutela, especialmente quando originários de compromissos de ajustamento de conduta ambiental.

É importante destacar ainda, sob o ponto de vista prático, com vistas a mitigar os danos constatados nos laudos periciais, a necessidade de que as instituições promovam um controle qualitativo de seus instrumentos de atuação, fazendo constar uma periodicidade para a fiscalização de seu cumprimento, a fim de dar visibilidade e transparência à sua atuação.

Por isso, a estrutura do Estado Socioambiental de Direito, que reconhece o dever fundamental de proteção ambiental, inspirada nos princípios constitucionais da prevenção e da precaução, deve ser o foco para aqueles que defendem o meio ambiente como bem vital, utilizando-se dos termos de ajustamento de conduta como instrumento que não tão somente compensa, mas que, efetivamente, repara.

REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMAPÁ. *Lei n. 835, de 27 de maio de 2004*. Dispõe sobre o reordenamento territorial, uso econômico e gestão ambiental das áreas de ressacas. Disponível em: <<http://www.al.ap.gov.br/pagina.php?pg=ce#1>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

AMAPÁ. Ministério Público do Estado do Amapá. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. Processo n. 5.667/2007. Autor: Ministério Público do Estado do Amapá. Réus: União de Faculdades do Amapá Ltda – FAMA e Rodrigo Calvo Galindo. Ministério Público do Estado do Amapá. 2007a.

AMAPÁ. Ministério Público do Estado do Amapá. *Compromisso de*

ajustamento de conduta. Processo nº 5.667/2007. Autor: Ministério Público do Estado do Amapá. Réus: Luk Comércio e Representações Ltda, Francisco Odilon Filho e Maria Lucimar da Silva Lima. Ministério Público do Estado do Amapá. 2007b.

ARAÚJO, Risolete Nunes de Oliveira. Lagoa dos Índios: Os impactos do desenvolvimento na área de ressaca. *JurisWay*, nov. 2011. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6660>. Acesso em: 15 ago. 2014.

BASTOS, Cecília Maria Chaves Brito; BRITO, Daguinete Maria Chaves. Comunidade Lagoa dos Índios: conflitos e perspectivas na criação de uma área protegida no Amapá. In: 32º Encontro Anual da ANPOCS, 32, 2008, Caxambu - MG. *Anais...* Caxambu-MG: 2008. p. 1-30.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, atualizada até a emenda constitucional de revisão n. 6, de 7 de junho de 1994 e até a emenda constitucional n. 90, de 15 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 set. 2015.

BRASIL. *Lei n. 7.347, 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 23 fev. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helini Sivini; LEITE, José Rubens Morato. *Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2004. p. 31-44.

FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa*

de informações básicas municipais: perfil dos municípios brasileiros 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial; teoria e prática.* 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Marcelo de O. *et al.* Assessment of surface water in two Amazonian rivers impacted by industrial wastewater, Barcarena City, Pará State (Brazil). *Journal of the Brazilian Chemical Society*, São Paulo, v. 22, nº 8, p. 1493-1504, ago. 2011.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. *Amazônia no século XXI: novas formas de desenvolvimento.* São Paulo: Empório do Livro, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental*, v. 41, p. 1-19, jan. 2006.

MOREIRA, Luciana Ribeiro Lepri. *Direito ambiental: legitimidade e atuação do Ministério Público.* Curitiba: Juruá, 2004

NEVES, Katia Francinette Oliveira Cabeça. *A efetividade do termo de ajustamento de conduta ambiental: estudo de caso da degradação ambiental da Lagoa dos Índios, Macapá - AP.* Macapá: UNIFAP, 2014.

PARÁ. Ministério Público do Estado do Pará. *Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental firmado entre o Ministério Público do Estado Pará, Promotoria de Justiça de Barcarena e o compromissário Imerys Rio Capim Caulim S/A*, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática.* Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RUBES, Joan Martinez Alier. *Introducion a la economia ecológica.* Editorial, S.L. Sicília, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O meio ambiente, a urbanização e a preservação dos conflitos no Brasil: os direitos humanos no sistema*

interamericano: o judiciário e o voluntariado. *Revista Consulex*, ano 4, nº 46, p. 14-20, out. 2000.

TOSTES, José Alberto. *Planos Diretores no Estado do Amapá: uma contribuição para o desenvolvimento regional*. Macapá: Tostes, 2006.

Artigo recebido em: 1º/12/2016.

Artigo aceito em: 4/4/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

FERREIRA, Adriana Passos; SIMÕES, Helena Cristina Guimaraes Queiroz; AMORAS, Fernando Castro. Termos de Ajustamento de Conduta Ambiental na Amazônia. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 167-193, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/939>>. Acesso em: dia mês. ano.

GERENCIAMENTO AMBIENTAL E DESCARTE DO LIXO HOSPITALAR

Valmir Cesar Pozzetti

Doutor e Mestre em Direito Ambiental pela Université de Limoges (França) com título revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Professor adjunto do Mestrado em Direito Ambiental da
Universidade do Estado do Amazonas (UEA).
Professor adjunto da Universidade Federal do Amazonas (UFAM)
Email: v_pozzetti@hotmail.com

Jorge Fernando Sampaio Monteverde

Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).
Email: jfsm.dir@gmail.com

RESUMO

A geração de resíduos é um dos grandes problemas urbanos, que a sociedade contemporânea enfrenta; pois o consumo desenfreado tem gerado diversas externalidades que o capitalismo não consegue resolver. Pensar mecanismos de resolver o problema do lixo é urgente. O lixo hospitalar é um lixo que traz uma carga de componentes tóxicos que devem ser observados no momento do descarte, vez que trazem muitos prejuízos à saúde pública e ao meio ambiente. Nesse sentido o objetivo dessa pesquisa é verificar se o Brasil possui regras jurídicas no tocante ao tratamento do lixo hospitalar e, em existindo, se são eficazes no tocante à saúde pública e sustentabilidade ambiental. Conclui-se que as regras conseguem dar a proteção jurídica necessária, entretanto, carece-se de procedimentos de fiscalização para garantir sua efetividade. O método utilizado nesta pesquisa é o dedutivo e, quanto aos meios a pesquisa é bibliográfica, com base na legislação, doutrina e jurisprudência e, quanto fins, a pesquisa é qualitativa.

Palavras-chave: Lixo hospitalar; descarte; coleta; gerenciamento.

*ENVIROMENTAL MANAGEMENT
AND BIOMEDICAL WASTE DISPOSAL*

ABSTRACT

The leavings generation is one of the biggest urban issues that contemporary society deals with; this because the unbridled usage has been generating several externalities that capitalism cannot solve. Thinking of ways/ actions to solve waste's issue is urgent. Biomedical waste is a kind of trash that brings a load of toxics components that must be observed during the disposal moment, since it brings many losses to public health and environment. Therefore, the purpose of this study/research is to verify if Brazil has legal rules related to biomedical waste and, if they exist, to check if they are effective when implicates public health and environment sustainability. Conclusion is that rules can give the legal protection needed, though, necessitates oversight's procedures to assure its effectiveness. The method used for this study is the deductive, and the means bibliographic, based on legislation, doctrine and jurisprudence, and the close of research is qualitative.

Keywords: *Biomedical Waste; disposal; collection; management*

INTRODUÇÃO

As questões ambientais que o planeta atravessa são qualitativa e quantitativamente diferentes das pretéritas: as mudanças trazidas pela modernidade, principalmente pelo consumo desenfreado de bens e serviços, transforma o meio ambiente e, assim, ameaça a vida no planeta terra.

Nesse sentido a questão ambiental evoca as consequências problemáticas da modernidade e da dinâmica capitalista. Vários são os problemas ambientais que hoje enfrentamos, e a maneira como se dá esse enfrentamento, seus instrumentos, políticas e toda a dinâmica movimentada na busca de seu enfrentamento, fazem parte das grandes questões do nosso tempo.

Os problemas ambientais surgem porque cada vez mais as pessoas exigem padrões de vida mais altos e com tecnologias mais baratas, mesmo que os subprodutos involuntários incluam a degradação dos solos, os poluentes tóxicos de espécies animais ou a alteração climática.

Diante disso percebemos que hoje todo o globo terrestre encontra-se envolvido nesse emaranhado de problemas e dificuldades em se manter a vida no planeta. O problema assume proporções tão gigantescas que várias Conferências Internacionais já foram realizadas, no intuito de se discutir e encontrar soluções para o problema ambiental do planeta.

Dentre estas Conferências vale ressaltar a Conferência realizada no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro em 1992, que foi de grande importância, ficando internacionalmente conhecida como Rio/92.

Os compromissos específicos adotados pela Conferência Rio/92 incluem as seguintes convenções: uma sobre Mudança do Clima e a outra sobre Biodiversidade e uma Declaração sobre Florestas.

Nesta convenção de 1992 foram aprovados documentos objetivos mais abrangentes e de natureza mais política: a Declaração do Rio e a Agenda 21, os quais endossam o conceito fundamental de Desenvolvimento Sustentável, que combina as aspirações compartilhadas por todos os países ao progresso econômico e material com a necessidade de uma consciência ecológica. A Rio/92 também foi uma resposta às gestões dos países signatários feitas desde a reunião de Estocolmo, em 1972.

A Declaração do Rio/92 contemplou princípios inovadores que passaram a conduzir as relações entre países ricos e pobres, contando com o apoio da Agenda 21 que estabeleceu, com vistas ao futuro, objetivos concretos de sustentabilidade em diversas áreas, explicitando a

necessidade de se buscarem recursos financeiros novos e adicionais para a complementação em nível global, do desenvolvimento sustentável.

Além disso, a Conferência Rio/92, permitiu a participação de Organizações Não-Governamentais (ONG's) que passaram a desempenhar um papel fiscalizador e a pressionar os governos para o cumprimento da Agenda 21.

A Declaração contém 27 Princípios, de extrema importância para as questões da sustentabilidade, visando trazer regras mães para direcionar a produção de regras ambientais para todo o planeta.

A Resolução 44/228 da Assembleia Geral da ONU – Organização das Nações Unidas, mencionou que, dentre os objetivos da Conferência, estava o desenvolvimento do direito ambiental internacional, e, dentro deste contexto, a elaboração de direitos e obrigações genéricos dos Estados. Tal comando é de fundamental importância e é urgente.

Dentro deste contexto de poluição ambiental, verificamos que as mudanças climáticas tem provocado novas doenças, novos vírus e a ciência tem buscado combatê-los, usando para isso, medicamentos mais eficientes.

Entretanto, se são mais eficientes, trazem consigo efeitos colaterais, principalmente em relação ao meio ambiente; tais como restos de medicamentos contaminantes, frascos e seringas descartáveis, etc...; mas, em contrapartida outro problema surge : como descartar esses dejetos após a utilização ? onde acomodá-lo no meio ambiente ?

O lixo hospitalar é composto por medicamentos, restos humanos (dentre eles fetos abortados), seringas contaminadas, material para higienização de ferimentos, antibióticos, sangue contaminado e outros materiais potencialmente infectantes.

Tais componentes podem trazer riscos para o meio ambiente e para aqueles que entram em contato com esses resíduos, principalmente quando o descarte destes não é realizado de forma adequada.

A falta de informação e treinamento dos profissionais nas unidades geradoras de resíduos hospitalares, quanto da segregação incorreta de tais resíduos, é um grande problema, pois implica na potencialização de riscos direto à saúde de diversos profissionais e pacientes daquela unidade, e quando deslocados para o ambiente externo, podem causar problemas ambientais e torna-se também fator exponencial de risco à saúde da população residente próxima à área de destinação final dos resíduos.

Dessa forma, o descarte deste lixo deve ser feito de maneira

responsável; pois evitará a contaminação do ser humano e também a contaminação do meio ambiente: se descartado sem o prévio tratamento, em contato com o solo poderá contaminar o solo, os lençóis freáticos, as águas superficiais, as plantações de alimentos e, ainda, o próprio ar. E não se sabe, ainda, quanto tempo esse lixo demora para se decompor naturalmente.

Para garantir que todo lixo hospitalar seja coletado, tratado e descartado de forma adequada, é necessário que os hospitais tenham plano de gerenciamento de lixo bem definidos; pois caso contrário, o descarte deste gerará muitos prejuízos.

Esses planos devem incluir protocolos, sistemas e processos de descarte desde a sua segregação (leito do paciente) até deixar a instalação para o descarte final.

O treinamento sobre a coleta e destino deste lixo deve envolver desde o profissional que faz o atendimento da infecção até o descarte fora do hospital.

Para desenvolver o plano de gerenciamento de lixo, os hospitais devem realizar uma coleta segura, observando a legislação municipal, estadual e federal, de descarte de resíduos, desenvolvendo listas dos lixos infectantes gerados em suas instalações e dos locais onde são gerados.

Neste sentido, a responsabilidade pelos resíduos hospitalares, no sistema brasileiro, é compartilhado pelo Poder Público e pelo produtor do lixo hospitalar.

Assim, a problemática que se levanta no presente estudo é: de que forma poderá ser feito o descarte dos resíduos e lixo hospitalar sem causar danos ao meio ambiente e ao ser humano ?

O presente estudo se justifica, tendo em vista que os prejuízos causados pelo mau gerenciamento de lixo hospitalar, traz consequências não só para o meio ambiente, mas também para a saúde pública.

A matéria é polêmica e os danos ambientais são evidentes, devendo o Poder Público encontrar mecanismos para minimizar os efeitos desta espécie de lixo, sobre o meio ambiente e a Saúde Pública.

Desta forma, o objetivo desta pesquisa é evidenciar os danos que essa espécie de lixo pode causar, bem como evidenciar a importância da observância do Princípio da Prevenção e verificar de quem é a competência para legislar sobre a matéria, destacando as diretrizes legais para o gerenciamento destes resíduos.

Desta forma, em virtude do grave risco para o meio ambiente e

para a saúde humana, é necessário analisarmos um dos mais importantes Princípios do Direito Ambiental, o da Prevenção.

1 PRINCIPIO DA PREVENÇÃO

A palavra princípio designa início, começo, origem, ponto de partida. Assim, princípio, como fundamento de Direito, têm como utilidade permitir a aferição de validade das leis, auxiliar na interpretação das normas e integrar lacunas.

Princípios são regras fundantes, que antecedem a norma jurídica, são a base, a estrutura da própria norma, uma vez que traduzem os anseios da sociedade que lhe originou, no sentido do justo, do honesto, do correto e do que deve ser cumprido pela sociedade.

Os objetivos do Direito Ambiental é estabelecer regras cogentes, de maneira a prevenir danos futuros. Neste sentido, o direito ambiental atua no campo educativo, preventivo e não no âmbito reparador. As regras são postas no sentido de que as ações sejam tomadas antes que o dano se consolide.

Como a crise ambiental assola o planeta como um todo, gerando diversas catástrofes, o direito ambiental se consolida através dos Princípios que lhe são próprios, no sentido de se invocá-los diante da ameaça de dano à saúde pública e ao meio ambiente.

Como as questões ambientais trazem consequências não só pontuais, mas refletem-se em todo o globo terrestre, o surgimento de Princípios de direito ambiental internacional consolidou a necessidade de os Estados, incorporarem esses princípios às suas normas internas para lhes dar aplicabilidade e concretizar resultados efetivos.

No presente caso, a Conferencia da Nações Unidas para o Meio ambiente, a Rio/92, ocorrida em 1.992 na cidade do Rio de Janeiro, Brasil, consolidou 27 princípios de Direito Ambiental, para dar força jurídica à preservação do meio Ambiente e a sua manutenção de forma equilibrada e que pudesse gerar saúde a todos, nos ditames da Constituição Federal de 1988:

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. (gn)

Dessa forma, o Direito Ambiental se vale dos Princípios que lhe são próprios, para inibir determinada conduta lesiva ao meio.

Assim, estabelecido no seio da sociedade, determinado princípio jurídico, este atua como gênese da própria norma jurídica, devendo ser respeitado na elaboração da mesma; caso contrário, a norma jurídica poderá ser revogada se desrespeitar princípios jurídicos, vez que a sua gênese não foi observada. Maculada a gênese, toda a norma se torna viciada.

Desta forma, a Convenção Rio/92, estabeleceu 27 Princípios de Direito ambiental e dentro do assunto que estamos tratando, o lixo hospitalar, o Princípio da Prevenção tem grande importância, pois obriga o particular e o Poder Público a realizar ações educativas e efetivas, que busquem o tratamento e o gerenciamento do lixo hospitalar, dada a sua periculosidade e o risco de contaminação ambiental e sanitária.

O Princípio da Prevenção é um dos Princípios mais importantes do Direito Ambiental, sendo seu objetivo fundamental o de prevenir ações degradantes, para inibi-las. Foi lançado à categoria de *mega* Princípio, constando como princípio nº 15 da ECO-92:

Princípio 15. De modo a **proteger o meio ambiente**, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando **houver ameaça de danos sérios e irreversíveis**, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (gn)

O Princípio da Prevenção relaciona-se com o perigo concreto de um dano, ou seja, sabe-se que não se deve esperar que ele aconteça, fazendo-se necessário, portanto, a adoção de medidas capazes de evitá-lo, pois já se sabe antecipadamente que o ato gerará dano ao meio ambiente.

Evitar a incidência de danos ambientais é a ideia chave do Princípio da Prevenção, já que as seqüelas de um dano ao meio ambiente, muitas vezes, são graves e irreversíveis. Tal Princípio se caracteriza como norte a seguir, uma vez que atua mais no sentido da prevenção do que no da reparação.

O Princípio da Prevenção se apoia na certeza científica do impacto ambiental de determinada atividade. Caso não haja certeza científica, o Princípio a ser aplicado será o da Precaução.

No caso em questão, já se sabe que o lixo hospitalar causa

danos ao meio ambiente e à saúde pública; logo, medidas efetivas devem ser tomadas previamente para evitar esse dano.

De acordo com o Princípio da Prevenção, deve-se tomar as medidas necessárias para evitar o dano ambiental porque as conseqüências de se iniciar determinado ato, prosseguir com ele ou suprimi-lo são conhecidas. O nexó causal é cientificamente comprovado.

Muito embora alguns autores entendam que o Princípio da Precaução e o da Prevenção são sinônimos, não há como confundi-los; pois enquanto o primeiro se limita aos efeitos não conhecidos, ainda, cientificamente, o segundo diz respeito aos danos já conhecidos, como é o caso do lixo hospitalar, onde já temos o conhecimento de que causam danos irreversíveis ao meio ambiente.

O Princípio da Prevenção está presente também na lei Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por **objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida**, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: (gn)

(...) *omissis*

Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a **preservação da qualidade** do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; (gn)

(...) *omissis*

IV - ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais;

V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma **consciência pública sobre a necessidade de preservação** da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; VI - à **preservação e restauração** dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propícia à vida; (gn)

Art 5º - As diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente serão formuladas em **normas e planos, destinados a orientar** a ação dos Governos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios no que se relaciona com a preservação da qualidade ambiental e manutenção do equilíbrio ecológico, observados os princípios estabelecidos no art. 2º desta Lei.

Parágrafo único - **As atividades empresariais públicas ou privadas serão exercidas em consonância com as diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente.** (gn)

A lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/98 - também contempla o Princípio da Prevenção quando estabelece:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortalidade de animais ou a destruição significativa da flora – Pena de reclusão de um a quatro anos, e multa.

(...) *omissis*

§ 3º - incorre nas mesmas penas previstas no paragrafo anterior **quem deixar de adotar**, quando assim o exigir a autoridade competente, **medidas de precaução** em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível. (gn)

Em razão dos males que os resíduos hospitalares podem causar, quando mal gerenciados, o art. 27-A, da Lei nº 12.305/10, dispõe que no “caso de resíduos de serviços de saúde, o Município é responsável por: I – manter serviço regular de coleta e transporte; II – dar destinação final adequada aos resíduos coletados”.

A Lei nº 12.305/2010 dentro da causa de justificação atribui aos geradores de resíduos de saúde a responsabilidade pela destinação final, ambientalmente adequada desses resíduos e cria a obrigatoriedade da elaboração de um plano de gerenciamento específico, que deve ser seguido rigorosamente, pois o simples encaminhamento de “lixo” hospitalar sem qualquer cuidado pode gerar consequências imprevisíveis, com a disseminação de graves doenças.

Desta forma, o Brasil já possui legislação específica que contempla os mandamentos do Princípio da Prevenção, devendo o Poder Público e o Privado, atentar para essas disposições legais, fazendo-as cumprir.

2 DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS QUE DISCIPLINAM A MATÉRIA “LIXO HOSPITALAR”

Importante destacar que a questão relacionada ao lixo hospitalar é matéria de saúde pública, e de Sustentabilidade Ambiental.

Tanto os entes públicos como privados, ao exercerem atividade

hospitalar, devem observar as regras jurídicas, sob pena de virem a arcar com responsabilidades que lhes trarão prejuízos que podem até inviabilizar suas atividades.

Veja-se o que estabelece o texto Constitucional a respeito:

Art. 196. A saúde é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.(gn)

Art. 197. São de **relevância pública as ações e serviços de saúde**, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (gn)

O texto Constitucional ainda é mais enfático ao estabelecer a competência do SUS – Sistema Único de Saúde - para executar ações que visem a coibir a prática de ilícitos, no tocante à Saúde Pública:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - **controlar e fiscalizar procedimentos**, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - **executar as ações de vigilância sanitária** e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

(...) *omissis*

VII - participar do **controle e fiscalização da produção, transporte, guarda** e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - **colaborar na proteção do meio ambiente**, nele compreendido o do trabalho.

Vê-se, portanto, que ao SUS compete diversas ações de controle e fiscalização no tocante ao lixo hospitalar. Deve este órgão, impor, então, regras eficientes para que o gerenciamento do lixo hospitalar se efetive, sem que seu descarte no meio ambiente traga prejuízos à saúde pública e ao meio ambiente.

3 LIXO HOSPITALAR : MÁ DESTINAÇÃO, PREJUÍZOS AMBIENTAIS E SOCIAIS

Não existe definição universal para lixo hospitalar. O lixo hospitalar é composto de diversos microrganismos, os quais são potentes fontes de contaminação da saúde humana e ambiental, uma vez que podem sobreviver por tempo considerável.

Segundo Fernandes (2013, p. 28) resíduo hospitalar é:

Tudo que resulta de atividades médicas desenvolvidas em unidades de prestação de cuidados de saúde, em atividades de prevenção, diagnóstico, tratamento, reabilitação e investigação, relacionadas com seres humanos ou animais, em farmácia, em atividades médico- legais, de ensino e em quaisquer outras que envolvam procedimentos invasivos, tais como acupuntura, *piercings* e tatuagens.

Coadunando do mesmo pensamento, Nagashima, Junior e Fontes citado por Camponogara (2012, p. 37), aduzem que:

A partir de 1987, os resíduos hospitalares receberam a denominação de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde (RSSS), pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), englobando, assim, todos os resíduos gerados em qualquer serviço prestador de assistência médica, sanitária ou estabelecimentos desta área, como: hospitais, clínicas veterinárias, unidades ambulatoriais, clínicas, consultórios médicos e odontólogos, dentre outros.

Já Rampelotto (2012, p. 55) destaca que:

Em nosso país as resoluções da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (RDC ANVISA nº 306/04) e do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Resolução CONAMA nº 358/05), atribuindo responsabilidades específicas aos vários segmentos envolvidos como: geradores, autoridades sanitárias e ambientais e dispondo sobre normas que regulamentam o manuseio dos Resíduos dos Serviços de Saúde (RSS), quanto à segregação, coleta, tratamento e destino final destes rejeitos produzidos e liberados para o meio ambiente.

Nesse sentido, pode-se conceituar resíduo hospitalar como tudo

aquilo que é produzido em unidades de prestação de cuidados de saúde, incluindo as atividades médicas de diagnóstico, tratamento e prevenção da doenças, sejam em seres humanos ou animais.

Dessa forma, esses resíduos, merecem uma atenção especial em todas as fases de manejo; pois apresentam riscos químicos, biológicos e radioativos.

Segundo Morel, citado por Fiorillo (2003, p. 65):

Estudos identificaram diversos microrganismos presentes na massa de resíduos de serviços de saúde, como *coliformes*, *salmonela typhi sp*, *pseudomonas sp*, *streptococcus e cândida albicans*. Além disso, foi constatada a possibilidade de sobrevivência de vírus na massa de resíduos sólidos para pólio tipo I, hepatites A e B, influenza, vaccínia e vírus entéricos.

Para as autoridades públicas e para a comunidade científica, esses resíduos representam um risco enorme à saúde e ao meio ambiente e, em não tendo o tratamento adequado, causarão enormes prejuízos; pois as falhas no acondicionamento, transporte e destino final causarão prejuízos incalculáveis, tais como a contaminação do solo, águas superficiais e subterrâneas, prejuízos a catadores de lixo (principalmente em relação aos objetos perfuro-cortantes), prejuízos a insetos e animais transmissores de doenças.

Assim, a destinação, desse lixo hospitalar deve ser regulamentada e acompanhada minuciosamente pelas autoridades públicas, para o bem da coletividade e meio ambiente.

Neste sentido, Guerra (2012, p.39) esclarece que:

A remoção e a destinação final dos resíduos hospitalares são, nos Estados Unidos, problema dos próprios estabelecimentos hospitalares e não uma atribuição dos serviços públicos de limpeza. Aqui, a ideia geral é que o problema é só do serviço público de limpeza urbana, mas não é assim. Os que atuam no setor em referência têm responsabilidades próprias, podendo até incidir na prática de crimes contra a saúde pública.

A Constituição Federal brasileira assim estabelece:

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...) *omissis*

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os **serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;** (gn)

Dessa forma, compete ao Município, o ente federado que mais próximo está da comunidade, estabelecer regras para a coleta, tratamento, descarte e/ou incineração dos resíduos hospitalares.

Ocorre que, em virtude dos seus poucos recursos, o Município acaba não tendo condições de tratar esses resíduos e eles acabam indo, em sua maioria, para o lixo comum, sem tratamento adequado.

Entretanto, no que concerne aos aspectos da biossegurança e prevenção de acidentes, compete à ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ao Ministério do Meio Ambiente, através do SISNAMA – Sistema nacional de Meio Ambiente, com o apoio da Vigilância Sanitária dos Estados e Municípios, bem como a órgãos de meio ambiente locais, a limpeza urbana, a orientação e a fiscalização destas atividades.

Vê-se, portanto, que há diversos órgãos responsáveis para atuar na gestão do lixo hospitalar. Tal competência, acaba por permitir que esses diversos órgãos, acabem negligenciando no seu poder/Dever, de fiscalizar e regulamentar, o tratamento de resíduos hospitalares e, ao invés de otimizar, acabam por não se efetivar as medidas necessárias para a implementação de tratamento e descarte correto deste lixo hospitalar.

Dessa forma, reconhecendo a responsabilidade dos estabelecimentos de saúde, no gerenciamento dos resíduos hospitalares, a ANVISA, através da RDC nº 306/04 combinada com a Resolução CONAMA nº 358/05, estabeleceram e definiram classificações, competências e responsabilidades, bem como regras e procedimentos para o gerenciamento dos resíduos hospitalares, desde a geração até o descarte final:

2. Compete aos serviços geradores de RSS:

2.1. **A elaboração do Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde** - PGRSS, obedecendo a critérios técnicos, legislação ambiental, normas de coleta e transporte dos serviços locais de limpeza urbana e outras orientações contidas neste Regulamento.

2.2 - Manter cópia do PGRSS disponível para consulta sob solicitação da autoridade

sanitária ou ambiental competente, dos funcionários, dos pacientes e do público em geral.

(...) *omissis*

2.4 - Prover a **capacitação e o treinamento** inicial e de forma continuada para o pessoal envolvido no gerenciamento de resíduos, objeto deste Regulamento.

2.5 - Fazer constar nos termos de licitação e de contratação sobre os serviços referentes ao tema desta Resolução e seu Regulamento Técnico, **as exigências de comprovação de capacitação e treinamento dos funcionários das firmas prestadoras de serviço de limpeza e conservação** que pretendam atuar nos estabelecimentos de saúde, bem como no transporte, tratamento e disposição final destes resíduos.

(...) *omissis*

2.7 - Requerer aos órgãos públicos responsáveis **pela execução da coleta, transporte, tratamento ou disposição final dos resíduos de serviços de saúde, documentação que identifique a conformidade com as orientações dos órgãos de meio ambiente.**

(...) *omissis*

3.1 - Os detentores de registro de medicamentos devem ainda manter atualizada, junto à Gerência Geral de Medicamentos/GGMED/ANVISA, listagem de seus produtos que, em função de seu princípio ativo e forma farmacêutica, **não oferecem riscos de manejo e disposição final.** Devem informar o nome comercial, o princípio ativo, a forma farmacêutica e o respectivo registro do produto. Essa listagem ficará disponível no endereço eletrônico da ANVISA, para consulta dos geradores de resíduos. (gsn)

Verifica-se, então, que temos regras jurídicas à disposição, para podermos minimizar os efeitos desse lixo hospitalar. Entretanto, como o Estado se mostra incapaz de exercer a fiscalização, o meio ambiente e a saúde pública agonizam, em virtude de que as Políticas Públicas de enfrentamento aos prejuízos ambientais, não se efetivam.

4 A IMPORTÂNCIA DO GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS HOSPITALARES

Para garantir que, a todo lixo gerado no interior do hospital, seja devidamente tratado e descartado de forma correta, os hospitais precisam ter um plano de gerenciamento de lixo, bem definido.

Tais planos devem incluir protocolos, sistemas e processos de descartes de lixo, desde a sua geração, até deixar a unidade hospitalar para

o descarte final.

Além disso, os hospitais devem desenvolver listas de lixos infectantes e processos de descartes específicos, constante do plano de gerenciamento de resíduos hospitalares. Vejamos de que forma deve ser feito esse gerenciamento.

4.1 Segregação

A segregação nada mais é que a separação do lixo, verificando suas especificidades e componentes, bem como grau de reciclagem.

Segundo Meldau (2012, p. 45), “o processo de segregação é feito através da separação dos resíduos no instante e local de sua geração”.

Visando dar cumprimento a Resolução nº306 da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, os resíduos hospitalares devem ser separados conforme a seguinte classificação: grupo A; Grupo B, Grupo C e Grupo D.

No Grupo A encontram-se os Resíduos de Riscos biológicos - englobam os componentes com possível presença de agentes biológicos que, por suas características de maior virulência ou concentração, podem apresentar risco de infecção. Exemplos: placas e lâminas de laboratório, carcaças, tecidos, bolsas transfusionais, dentre outras (BIONURSING, 2008, p.32).

Já o Grupo B, refere-se aos resíduos químicos e são os que contêm substâncias químicas que podem apresentar risco à saúde pública ou ao meio ambiente, dependendo de suas características de inflamável, corrosivo, reatividade e toxicidade. Ex: medicamentos apreendidos, reagentes de laboratório, resíduos contendo metais pesados, dentre outros (BIONURSING, 2008, p. 33).

No grupo C estão os materiais resultantes de atividade humana que contenha radionuclídeos em quantidades superiores aos limites de eliminação especificados nas normas da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN, como, por exemplo, serviços de medicina nuclear e radioterapia etc. (BIONURSING, 2008, p.35).

E no grupo D, estão dispostos os resíduos comuns que não apresentam risco biológico, químico ou radiológico à saúde ou ao meio ambiente, podendo ser equiparados aos resíduos domiciliares. Ex.: sobras de alimentos e do preparo de alimentos, resíduos das áreas administrativas etc. (BIONURSING, 2008, p.35).

Já no grupo E, estão os materiais perfuro-cortantes ou escarificantes, tais como lâminas de barbear, agulhas, ampolas de vidro, pontas diamantadas, lâminas de bisturi, lancetas, espátulas e outros similares, são acondicionados em recipientes rígidos preenchidos somente até 2/3 de sua capacidade (BIONURSING, 2008, p.36).

4.2 Acondicionamento e identificação

O acondicionamento dos resíduos classificados no grupo “A”, devem ser acondicionados em saco plástico branco leitoso, resistente e impermeável. Os resíduos do grupo A são identificados pelo símbolo de substância infectante, com rótulos de fundo branco, desenho e contornos pretos.

Os classificados no grupo “B” devem ser acondicionados em sua embalagem original, dentro de recipiente inquebrável, envolvidos por sacos e identificados através do símbolo de risco associado e com discriminação de substância química e frases de risco.

Já os classificados no grupo “C”, devem ser acondicionados em recipientes blindados. Os rejeitos do grupo C são representados pelo símbolo internacional de presença de radiação ionizante em rótulos de fundo amarelo e contornos pretos, acrescido da expressão material radioativo.

Os resíduos do grupo “D” podem ser destinados à reciclagem ou à reutilização. Quando adotada a reciclagem, sua identificação deve ser feita nos recipientes e nos abrigos de guarda de recipientes, usando código de cores e suas correspondentes nomeações, baseadas na Resolução CONAMA nº 275/01, e símbolos de tipo de material reciclável.

Para os demais resíduos do grupo “D” deve ser utilizada a cor cinza ou preta nos recipientes. Pode ser seguida de cor determinada pela Prefeitura. Caso não exista processo de segregação para reciclagem, não há exigência para a padronização de cor destes recipientes (BIONURSING, 2008, p. 37).

Os produtos do grupo “E” são identificados pelo símbolo de substância infectante, com rótulos de fundo branco, desenho e contornos

pretos, acrescido da inscrição de resíduo perfuro-cortante, indicando o risco que apresenta o resíduo.

4.3 Armazenamento Temporário

De acordo com o MGRSS - Manual de Gerenciamento de Resíduos Sólidos de Saúde (2011, p. 2), o armazenamento temporário consiste:

Na guarda temporária dos recipientes contendo os resíduos já acondicionados, em local próximo aos pontos de geração, visando agilizar a coleta dentro do estabelecimento, e otimizar o traslado entre os pontos geradores e o ponto destinado à apresentação para coleta externa.

E o Manual (2011, p. 3) ainda dispõe que certas regras devem ser observadas, tais como:

1. Não poderá ser feito armazenamento temporário com disposição direta dos sacos sobre o piso.
2. Caso o volume de resíduos gerados e a distância entre o ponto de geração e o armazenamento final justifiquem, o armazenamento temporário poderá ser dispensado.
3. A sala para guarda de recipientes de transporte interno de resíduos deve ter pisos e paredes lisas e laváveis.
4. O piso deve ser ainda resistente ao tráfego dos recipientes coletores.
5. Possuir ponto de iluminação artificial e área suficiente para armazenar, no mínimo, dois recipientes coletores, para posterior traslado até a área de armazenamento externo.
6. Quando a sala for exclusiva para o armazenamento de resíduos, deve estar identificada como “SALA DE RESÍDUOS”.
7. No armazenamento temporário não é permitida a retirada dos sacos de resíduos de dentro dos recipientes ali estacionados.
8. A sala para o armazenamento temporário pode ser compartilhada com a sala de utilidades. Neste caso, a sala deverá ser acrescida de no mínimo 2 m², área suficiente para armazenar, no mínimo, dois recipientes coletores, para posterior traslado até a área de armazenamento externo.
9. Os resíduos de fácil putrefação que venham a ser coletados em período superior a 24 horas, devem ser conservados sob refrigeração, e quando não for possível, deverão ser submetidos a outro método de conservação.

De acordo com a Portaria nº 282 de 17 de Novembro de 1982 do Ministério da Saúde, é obrigatória a instalação de sala ou serviço destinada ao preparo da medicação e do material usado na assistência ao paciente, e prevê também a sala de utilidades ou expurgos, destinada à limpeza, desinfecção e guarda de utensílios utilizados na assistência ao paciente.

4.4 Armazenamento externo

O MGRSS (2011, p. 3) estabelece que o armazenamento externo “consiste na guarda dos recipientes de resíduos até a realização da coleta externa, em ambiente exclusivo com acesso facilitado para os veículos coletores”, tendo que ser observada as seguintes regras:

1. **Armazenamento externo de resíduos** deve ser feito em abrigos distintos e exclusivos, uma para resíduo infectante ou químico e outro para resíduo comum.
2. O armazenamento externo, denominado abrigo de resíduos, deve ser construído em ambiente exclusivo, com acesso externo facilitado à coleta, possuindo, no mínimo, ambientes separados para atender o armazenamento de recipientes de resíduos do GRUPO A e do GRUPO D.
3. O abrigo deve ser identificado e restrito aos funcionários do gerenciamento de resíduos, de fácil acesso aos recipientes de transporte e aos veículos coletores.
4. Os recipientes de transporte interno não podem transitar pela via pública externa à edificação para terem acesso ao abrigo de resíduos.
5. O piso deve ser revestido de material liso, impermeável, lavável e de fácil higienização.
6. O fechamento deve ser constituído de alvenaria revestida de material liso, lavável e de fácil higienização, com aberturas para ventilação, de dimensão equivalente a, no mínimo, 1/20 (um vigésimo) da área do piso, com tela de proteção contra insetos.
7. O abrigo de resíduos deve possuir área específica de higienização para limpeza e desinfecção simultânea dos recipientes coletores e demais equipamentos utilizados no manejo de RSS.
8. A área deve possuir cobertura, dimensões compatíveis com os equipamentos que serão submetidos à limpeza e higienização, piso e paredes lisos, impermeáveis, laváveis, providos de pontos de iluminação e tomada elétrica, ponto de água, preferencialmente quente e sob pressão, canaletas de escoamento de águas servidas direcionadas para a rede de esgotos do estabelecimento e ralo sifonado provido de tampa que permita a sua vedação.
9. Propor se for o caso, política de reciclagem dos RSS utilizados dentro da empresa.
10. Propor quantos contêineres serão necessários para cada grupo de RSS segregado, sendo cada um diferenciado do outro, e sua capacidade de armazenamento - 660 litros, 800 litros ou 1100 litros.

11. Propor a estrutura de construção do armazenamento temporário externo, caso necessário. 12. Propor como se dará a rotina de recepção dos RSS oriundos da coleta interna 1 ou 2. 13. Propor a rotina de limpeza destes carros de coleta interna e dos contêineres, que deverá ser feita no armazenamento temporário. 14. Determinar pessoal específico, sem acesso ao interior do estabelecimento de saúde, que ficará responsável pelo armazenamento externo e a limpeza dos carros e contêineres. 15. Informar da necessidade de equipamentos de proteção individual: luvas, máscaras, para realizar a coleta interna do resíduo. 16. Descrever o risco associado à falta de recursos materiais e de equipamento de proteção individual. (gn)

Importante destacar que o armazenamento tem por objetivo manter os resíduos em condições seguras até o momento adequado para a coleta externa e, posteriormente, descarte final.

4.5 Coleta e Transporte internos e externos

Já no tocante à coleta interna, o MGRSS dispões que é dividida em duas fases:

- a) A primeira consiste no recolhimento dos resíduos dos contenedores, sua remoção por funcionários devidamente capacitados do departamento gerador ou da sala de resíduos (armazenamento intermediário) até o abrigo externo de armazenamento;
- b) Enquanto que a segunda é a operação de transferência dos recipientes da sala de resíduos para o abrigo de resíduos (armazenamento externo) ou diretamente para o tratamento.

Observando-se, no que couber, as seguintes regras:

1. O transporte interno de resíduos deve ser realizado em sentido único, com roteiro definido e em horários não coincidentes com a distribuição de roupas, alimentos e medicamentos, períodos de visita ou de maior fluxo de pessoas. 2. O transporte interno de resíduos deve ser feito separadamente e em recipientes específicos a cada Grupo de resíduos. 3. Os recipientes para transporte interno devem ser constituídos de material rígido, lavável, impermeável, provido de tampa articulada ao próprio corpo do equipamento, cantos arredondados, e serem identificados de acordo com este Regulamento Técnico. 4. Os recipientes devem ser providos de rodas

revestidas de material que reduza o ruído. 5. Os recipientes com mais de 400 L de capacidade devem possuir válvula de dreno no fundo. 6. O uso de recipientes desprovidos de rodas deve observar os limites de carga permitidos para o transporte pelos trabalhadores. 7. Propor quantos carros de coleta interna serão necessários para cada grupo de RSS segregado, cada um se diferenciando do outro. 8. Propor como se dará a rotina de coleta interna; se o carro será exclusivo para a unidade / setor; se será exclusivo para o andar ou se vai atender a demanda de todo estabelecimento; se existirá carros reservas de coleta interna. 9. Determinar a capacidade de cada carro em função do volume de RSS gerado por grupo de resíduo - 120 litros ou 240 litros. 10. Determinar a rotina e frequência de coleta interna para cada unidade ou setor do estabelecimento de saúde. 11. Determinar a rota de coleta interna, de acordo com o volume de resíduos gerados por tipo de grupo. Lembrando que como regra de ouro, a rota de coleta interna deve obedecer ao fluxo normal do material esterilizado / limpo, não permitindo em hipótese alguma uma rota inversa, pois o risco de contaminação cruzada aumenta exponencialmente. 12. Determinar o fluxo de coleta por resíduo, se possível identificando na planta baixa do estabelecimento. 13. Informar da necessidade de equipamentos de proteção individual: luvas, máscaras, botas para realizar a coleta interna do resíduo. D 14. Escrever o risco associado a falta de recursos materiais e de equipamentos de proteção individual.

O Transporte interno consiste no traslado dos resíduos dos pontos de geração até o local destinado ao armazenamento temporário ou à apresentação para a coleta externa.

Em relação à coleta e transporte externos, o MGRSS (2011, p. 8) normatiza:

A coleta e transporte externos consistem na remoção dos RSS do abrigo de resíduos (armazenamento externo) até a unidade de tratamento ou destinação final, utilizando-se técnicas que garantam a preservação da integridade física do pessoal, da população e do meio ambiente, devendo estar de acordo com as orientações dos órgãos de limpeza urbana.

Em alinhamento com o que descreve o MGRSS (2011, p.9), duas situações tem que ser diferenciadas:

A) A 1ª coleta é realizada pelo próprio estabelecimento: 1. Propor a metodologia de coleta externa deste RSS até a planta de tratamento ou sua disposição final - carroça,

caminhão fechado, utilitário, devidamente identificados e sinalizados. 2. Propor como se dará a rotina de coleta externa; se o carro s será exclusivo para a unidade/setor; se for exclusivo para o andar ou se vai atender a demanda de todo o estabelecimento; se existirá carro de coleta interna reservas. Determinar quantas viagens serão necessárias para atender a demanda do estabelecimento de saúde, conforme o modelo de transporte escolhido pelo estabelecimento. 3. Individual: luvas, máscaras, botas para realizar a coleta interna do resíduo. 4. Descrever o risco associado à falta de recursos materiais e de equipamento de proteção individual. B) A 2ª coleta é realizada pela concessionária de limpeza pública: 1. Exigir da concessionária de limpeza pública, documento em papel timbrado da firma, com assinatura do responsável técnico, informando a metodologia de coleta externa, informando ainda, a rotina, frequência e rota, que o caminhão segue para coletar o seu resíduo. 2. Com isto caracteriza a transferência parcial da responsabilidade para a concessionária de limpeza pública.

Indispensável é a coleta diária ou no mínimo três vezes por semana, dos resíduos hospitalares, visto que um armazenamento prolongado destes resíduos, ainda que estejam separados, aumenta o risco de contaminação ambiental e a propagação de infecções (MGRSS, 2011, p. 9).

4.6 Destinação e fiscalização dos resíduos hospitalares

O destino final dos resíduos sólidos, infelizmente, na grande maioria das cidades brasileiras ainda é o lixão a céu aberto.

No entanto, o maior problema é o chamado “lixo infectante - classe A”, que representa um grande risco de contaminação, além de poluir o meio ambiente. A maior parte dos estabelecimentos de saúde não faz a separação deste material, que acaba indo para os aterros junto com o lixo normal ou para a fossa (BRASIL AMBIENTAL, 2013).

A lei de Resíduos Sólidos estabeleceu prazo para que os municípios brasileiros acabassem com os lixos a céu aberto. Entretanto, o prazo já foi prorrogado, pois os municípios não conseguem acabar de vez com esses lixões : faltam recursos e falta mão de obra qualificada para oferta de alternativas.

Outro problema é o chamado “lixo perigoso - classe B”, cuja

destinação final, atualmente, fica sob a responsabilidade dos hospitais. O material recolhido nos hospitais, deve ser acondicionado segundo normas que variam em função do grau de periculosidade dos produtos, geralmente é levado a um aterro próprio (BRASIL AMBIENTAL, 2013).

Já o “lixo classe C” dos hospitais – também devidamente separado - fica sujeito ao mesmo sistema de recolhimento do restante da cidade, indo parte para reciclagem e parte para a coleta normal, que inclui apenas o material orgânico destinado ao aterro sanitário (BRASIL AMBIENTAL, 2013).

A maioria dos hospitais toma pouca, ou quase nenhuma, providência com relação às toneladas de resíduos gerados diariamente nas mais diversas atividades desenvolvidas dentro de um hospital.

Muitos limitam-se a encaminhar a totalidade de seu lixo para sistemas de coleta especial dos Departamentos de Limpeza Municipais, quando estes existem, ou lançam diretamente em lixões a céu aberto ou, ainda, queimam os resíduos (BRASIL AMBIENTAL, 2013).

No tocante à queima, Incineração do lixo hospitalar, têm-se que é incorreta a queima do lixo infectante transformando-o em cinzas. É uma atitude politicamente incorreta em virtude de que os subprodutos lançados na atmosfera como dioxinas e metais pesados, tem grande potencial contaminante.

Outro processo de tratamento do lixo hospitalar é a Auto-Clave: processo de esterilização do lixo infectante, mas por ser muito caro não é muito utilizado. Como alternativa, o lixo infectante pode ser colocado em valas assépticas, mas o espaço para todo o lixo produzido ainda é um problema em muitas cidades.

A resolução CONAMA nº 05/93 define os sistemas de disposição final de resíduos sólidos de saúde, como o conjunto de unidades, processos e procedimentos que visam o lançamento do resíduo no solo, garantindo-se a proteção da saúde pública e conduzindo a minimização do risco ambiental (FERNANDES, 2013, p. 33).

Segundo Fernandes (2013, p. 33):

Esta é a última etapa do Resíduo Sólido de Serviço de Saúde (RSSS). No Brasil são

dispostos (1) céu aberto; (2) vazadouros; (3) alimentação de animais; (4) aterros sanitários e (5) valas sépticas. É recomendável que se tomem medidas para isolar e tornar indevassável o aterro e para proteger águas superficiais e subterrâneas, bem como o controle de gases e líquidos, e a drenagem de águas pluviais.

É obrigatório que toda unidade de serviço de saúde tenha o seu Plano de Gerenciamento de Resíduo Sólido (PGRSS), conforme estabelecido pela RDC ANVISA nº 358/05. Esse Plano é composto por etapas, elaboradas pelos geradores de resíduos, de acordo com as suas características diagnosticadas. Segundo Fernandes (2013, p. 34) “deve-se considerar uma fase infra-estabelecimento e outra extra”.

A etapa de maior importância é a infra-estabelecimento. Nestas etapas estão envolvidos: (1) Diagnóstico inicial; (2) Conteúdo básico do Plano de Gerenciamento e (3) Complementação e procedimentos previstos. O conteúdo básico do plano deve conter a seguinte classificação: (A1) Material biológico; (A2) Sangue e hemoderivados; (A3) Cirúrgico; (A4) Material perfuro cortante; (A5) Animais contaminados e (A6) Assistência ao paciente e sobra de alimentos (FERNANDES, 2013, p. 35).

A destinação dos resíduos gerados pelos serviços de saúde é uma questão de Saúde Pública e, por essa razão, de responsabilidade de cada Estado. Cabendo ao Município, em sua esfera de ação, responsabilizar-se pelo recolhimento, fiscalização e destinação final dos resíduos sólidos, sobretudo por se tratar de material de risco, o que exige um tratamento adequado por parte do Poder Público.

CONCLUSÃO

Os resíduos gerados nas atividades de saúde, em especial no âmbito dos hospitais, geram inúmeros problemas ambientais e de Saúde Pública; refletindo, comprovadamente, na qualidade de vida das pessoas que vivem no entorno destas unidades de saúde, bem como aqueles que trabalham dentro destas unidades.

É necessário, portanto, que o Poder Público se manifeste firmemente

em relação à produção e fiscalização de normas ambientais e sanitárias, tanto para o setor privado, como para o setor público, de saúde, para que se possa inibir, *in concreto*, os prejuízos ambientais.

O objetivo desta pesquisa foi o de analisar se a legislação brasileira contemplava mecanismos jurídicos para proteger o meio ambiente e a saúde pública, contra o descarte incorreto de lixo hospitalar. Verificou-se que, no âmbito do direito ambiental, o Princípio da Prevenção tem força jurídica suficiente para inibir as condutas deliberadas dos agentes, impondo a eles o dever de tratar seus dejetos hospitalares, de forma efetiva, para não incorrerem em crimes previstos na lei de Crimes ambientais.

Verificou-se, também, que a Constituição Federal destaca as competências dos entes federados, para impor regras e fiscalizar a atuação do Poder público e privado, no tocante à produção, tratamento e descarte de lixo hospitalar. Além das normas constitucionais, verificou-se, também, que Ministérios, Agências Sanitárias e Conselho Nacional do Meio Ambiente possuem regras específicas e claras sobre o gerenciamento de lixo hospitalar, para que estes não sejam descartados de forma indiscriminada no meio ambiente; evitando assim, prejuízos ambientais e sanitários.

Por fim, como resultado da pesquisa, verificou-se que é necessário haver mais investimento em capacitação de pessoal, implantação de técnicas para o gerenciamento seguro dos materiais dentro da unidade hospitalar, disponibilizar aterros sanitários licenciados e fiscalizados veementemente pelos órgãos ambientais, bem como a aplicação de Políticas Públicas locais, voltada para o gerenciamento correto dos resíduos hospitalares. Só desta forma, ou seja, só através de um gerenciamento seguro e uma fiscalização eficaz, iremos conseguir dar ao lixo hospitalar, um tratamento adequado e condizente com sua periculosidade, protegendo o meio ambiente e a saúde pública.

REFERÊNCIAS

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *RDC n° 306/2004*. Disponível em: <www.anvisa.gov.br/.../RDC+Nº+306,+DE+7+DE+DEZ>

EMBRO+DE+20>. Acesso em: 28 jul. 2016.

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Manual de gerenciamento de resíduos de serviços de saúde*. 2011. Disponível em: <http://www.manual_gerenciamento_residuos.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2016.

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Manual de Gerenciamento de Resíduos de serviço de saúde*. Disponível em: <www.anvisa.gov.br/servicosaude/.../manual_gerenciamento_residuos.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2016.

BIONURSING. *Classificação do lixo hospitalar, acondicionamento e destino final*. Disponível em: <<http://bionursing.blogspot.com.br/2008/12/classificao-do-lixo-hospitalar.html>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

BRASIL. *Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. Lei nº 6.938/81*. Congresso Nacional. Brasília: 1981.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Congresso Nacional. Brasília: 1988.

BRASIL. *Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/98*. Congresso Nacional. Brasília, 1998.

BRASIL. *Ambiental: Resíduos hospitalares*. Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/residuos/residuos/residuos_hospitalares.html>. Acesso em: 27 jul. 2016.

BRASIL – MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria 282 de 17 de Novembro de 1982 do Ministério da Saúde*. Disponível em: <dre.pt/pdf1sdip/2011/10/20300/0469004690.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2016.

CAMPONOGARA, Silviomar *et al.* *Conhecimento da Equipe de Enfermagem sobre segregação dos resíduos sólidos em ambiente hospitalar*. Artigo, 15p (apresentado a Universidade Federal de Santa Maria-SP), 2012.

FERNANDES, Gabriel Marreiros Ribas. *Resíduo hospitalar: uma questão de saúde pública e ambiental*. Congresso Nacional de Excelência em Gestão. ISSN 1984-9354, 2013.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUERRA, Sidney. *Resíduos Sólidos: Comentários à lei nº 12.305/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamento de Metodologia Científica*. São Paulo: Atlas, 2003.

MELDAU, Debora Carvalho. *Resíduos de Serviço de Saúde*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/ecologia/residuos-de-servicos-de-saude/>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

RAMPELOTTO, Elisane Maria. *Segregação dos Resíduos Sólidos Hospitalares*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/remoa/article/viewFile/4430/2791>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

Artigo recebido em: 05/12/2016.

Artigo aceito em: 31/05/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

POZZETI, Valmir Cesar; MONTEVERDE, Jorge Fernando Sampaio. Gerenciamento ambiental e descarte do lixo hospitalar. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 195-220, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/939>>. Acesso em: dia mês. ano.

INFERENCIAS SOBRE LA LEY BRASILEIRA DE DELITOS AMBIENTALES EN COMPARACIÓN CON EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

Anselmo Jose Spadotto

Pós-Doutor em “Interface jurídico-agroambiental”
pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP)
Doutor em Agronomia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP)
Mestre em Zootecnia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP)
Professor da Universidade Nove de Julho (UNINOVE)
e da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).
Advogado e Zootecnista.
Email: anselmospadotto@gmail.com

Maria Del Pilar Romero Barreiro

Mestranda em Ciências Ambientais pela Universidade
Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).
Especialista em Direito Ambiental pela Universidad Externado de Colombia
Graduação em Engenharia Ambiental pela Universidad Distrital
Francisco José de Caldas, Colômbia.
Email: mariapromerobarreiro@gmail.com

Gerson Araújo de Medeiros

Pós-Doutor pela University of Alberta (UALBERTA), Canadá.
Doutor e Mestre em Engenharia Agrícola pela Universidade
Estadual de Campinas (UNICAMP).
Professor da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).
Email: gerson@sorocaba.unesp.br

RESUMEN

Los asuntos ambientales no tienen fronteras; implican la comprensión e interpretación de las normas ambientales en los diferentes países y culturas existentes. El objetivo de esta investigación fue analizar las convergencias y divergencias interpretativas de las normas penales ambientales de Brasil y Colombia, por medio de un estudio comparativo entre la Ley de Delitos Ambientales de Brasil y el Código Penal Colombiano. Los artículos científicos sobre derecho penal ambiental de los dos países fueron consultados en sitios de internet especializados; en las páginas oficiales gubernamentales se consultó la legislación, se usó como criterio transversal la actualización y vigencia de las mismas. Dentro de los resultados significativos se encontraron temas como la culpa, la autoría y el concurso de personas en los delitos, la responsabilidad administrativa, el daño a la propiedad ajena como agravante, la pericia ambiental, la

responsabilidad de la persona jurídica, la profundidad al describir algunas características ambientales, además de temas comunes entre las dos normas. Se concluyó que la norma brasilera es más específica al abordar las cuestiones ambientales, proporcionando así una cobertura más eficiente en la penalización de delitos ambientales con relación al Código Penal Colombiano.

Palabras- clave: Legislación; Medio Ambiente; Brasil; Colombia.

*INFERENCES ON THE BRAZILIAN ENVIRONMENTAL CRIMES LAW
IN COMPARISON WITH THE COLOMBIAN CRIMINAL CODE*

ABSTRACT

Environmental topics have not borders, involve the understanding and interpretation of environmental laws in different countries and cultures. The objective of this research was to analyze the interpretative similarities and differences of environmental criminal laws of Brazil and Colombia, through a comparative study of the Brazilian Law of Environmental Crimes and the Colombian Criminal Code. Scientific papers about environmental criminal law of the two countries were consulted on specialized sites, law was consulted on government sites; the main criterion was its updating and validity. Significant results were found in subjects like guilt, responsibility and participation of people in crimes, administrative responsibility, damage to other people's property as aggravating, environmental expertise, responsibility of the legal person, the depth to describe some environmental features and common issues between the two laws. The research concluded that the Brazilian law is more specific in environmental issues, proving a more efficient coverage for the penalization of environmental crimes compared to the Colombian Criminal Code.

Keywords: Legislation; Environment; Brazil; Colombia.

INTRODUCCIÓN

La preocupación con la protección del medio ambiente no es reciente, la cual a su vez puede ser dividida en dos aspectos: la protección de los ecosistemas y la tutela jurídica expresa en las normas de diversos países. Las crecientes tragedias ocasionadas por la desprotección del medio ambiente han sido observadas en distintos momentos de la historia de la humanidad, abarcando diversas civilizaciones de los más diversos espacios geográficos del planeta. Afortunadamente, en las recientes décadas la preocupación por controlar, mitigar o detener el caos ambiental ha incentivado a que diferentes actores en el mundo se involucren en establecer acciones y medidas de diversa índole para promover la protección de los ecosistemas y la conservación de los recursos naturales.

En países como Alemania, Inglaterra, Japón, Estados Unidos, entre otros, la movilización ambiental se ha fortalecido. Una característica particular que estos países comparten es el hecho de haber sufrido importantes y considerables afectaciones al medio ambiente y a sus recursos naturales a partir de la Revolución Industrial. Parece entonces que esa movilización ha ido consolidándose en un aprendizaje colectivo, una causa común, un interés global.

En la actualidad, las acciones para la preservación ambiental han sobrepasado las fronteras, incluso a nivel legal ha ido observándose la tendencia de establecer un único cuerpo jurídico. Se trata por ahora de una tendencia porque todavía es necesario perfeccionar y fortalecer los estudios de derecho comparado, que particularmente en el tema ambiental aún no han sido ampliamente desarrollados.

En este contexto, Brasil y Colombia comparten características que impactan sobre su vulnerabilidad ambiental. Ambos países están en vías de desarrollo, gran parte de su territorio pertenece a la zona tropical, los dos adoptaron un modelo histórico de crecimiento económico basado en la expansión de la frontera agrícola sobre las áreas forestales y la extracción de recursos minerales. Sus procesos de industrialización fueron seguidos por una elevada tasa de urbanización, que se tradujo en el cambio del paisaje y la degradación del medio ambiente. Por lo tanto, las políticas direccionadas para la conservación y protección ambiental de estos países tropicales necesitan una estructura de normas que considere sus especificidades sociales, ambientales, políticas, culturales y económicas. En una aproximación inicial se observó que la legislación para la protección

del medio ambiente en los dos países es abundante lo cual sin lugar a dudas permitiría hacer un buen análisis de ésta índole.

Por ello, el presente estudio buscó analizar el caso particular de los delitos ambientales y cómo éstos son abordados por los dos ordenamientos jurídicos, surgiendo la hipótesis de la existencia de puntos de convergencia y divergencia en los elementos legales que posibilitarían establecer deducciones y conclusiones a fin de tornar más eficientes las legislaciones de ambos países.

Por otra parte, este estudio pretende contribuir con otras investigaciones y estudios sobre la protección del medio ambiente y los recursos naturales en aras de favorecer la eficiencia jurídica ambiental, así como la penalización de los delitos ambientales. El objetivo de este estudio fue colaborar con ese esfuerzo mundial de establecer un cuerpo jurídico internacional para temas ambientales por medio de un análisis del derecho penal ambiental de Brasil y Colombia. A su vez, el objetivo específico fue identificar espacios no incluidos en la penalización ambiental por medio del análisis comparado de la Ley de Crímenes Ambientales de Brasil y el Código Penal Colombiano [CPC] (*i.e.*, Ley 9.605/1998 y Ley 599 de 2000, respectivamente). Es importante resaltar que en Colombia no existe una ley específica para la penalización de los delitos ambientales.

El Código Penal Colombiano trata los delitos ambientales en el Título XI “de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” y en el Título XI-A, adicionado por el artículo 5 de la reciente ley 1774 de 2016 “Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones

1 METODOLOGÍA

Para la realización de esta investigación se consideró la hipótesis de la existencia de puntos convergentes y divergentes entre la Ley de Delitos Ambientales de Brasil y el Código Penal Colombiano. A partir de la realización del estudio comparativo por medio de una investigación de sondeo (SPADOTTO, 2015) se realizó el diseño experimental que tenía como base la investigación exploratoria (SEVERINO, 2007; GIL, 2010). Como consecuencia de lo anterior, logró constatarse la hipótesis en alusión, permitiendo además la identificación de varios tópicos de relevancia ambiental no incluidos en algunas de las dos normas.

La investigación realizada, tanto en la fase de sondeo como la exploratoria se clasificó como cualitativa dentro de los actuales criterios científicos (MACONI; LAKATOS, 2010; MICHEL, 2015). Ésta se desarrolló en el período comprendido entre el 04/08/2015 al 05/09/2016. La revisión de literatura se realizó una vez concluida la fase de sondeo. La revisión incluyó artículos científicos, libros y otras publicaciones cuyo período de publicación fue entre los años 2004 y 2016. Para realizar la investigación exploratoria se utilizaron los buscadores: *Google* académico, *Redylac*, *Publindex*, *SciCielo* y el portal de periódicos *CAPEs* en los cuales se filtraba la información sobre derecho penal ambiental a nivel global, y posteriormente a nivel regional y local, es decir, para Colombia y Brasil.

La búsqueda se realizó en español y en portugués e incluyó palabras clave como derecho ambiental, derecho penal ambiental, delitos ambientales, penalización ambiental, código penal colombiano, Ley de Delitos Ambientales brasilera, entre otros. Como criterio transversal para la revisión de literatura se utilizó la actualidad y vigencia de los marcos normativos consultados, así como la priorización de investigaciones recientes y/o específicas de derecho ambiental y derecho penal ambiental relacionados con los dos países. Con relación a los marcos legales actualizados se consultaron las páginas oficiales de los dos países (*i.e.*, Senado de la República en el caso de Colombia y Portal de la legislación del Gobierno Federal de Brasil, en el caso de éste último).

Los datos obtenidos en las fases anteriores de la investigación fueron organizadas de tres maneras: a) a través de su mayor o menor vinculación con las hipótesis formuladas b) en orden cronológico y c) por asunto. El objetivo de esta organización fue abordar los datos desde tres ángulos diferentes, reduciendo la probabilidad de una lectura viciada, pues un mismo asunto o tema sería abordado necesariamente por medio de tres lentes.

Para cada tópico de ley analizado según la metodología descrita con antelación se aplicó la lógica deductiva, como medio de comparación entre la norma colombiana y la brasilera. Así, la deducción fue el enlace entre los tópicos seleccionados en cada una de las normas de esos países. Establecidos los puntos en común entre la legislación colombiana y brasilera hubo la necesidad de buscar inferencias que pudiesen conducir los análisis a consideraciones finales. Éste proceso, por su parte, se realizó por medio de la lógica inductiva (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2014), (SPADOTTO, 2015). Al final, se pretendió establecer un orden a través de

grados de importancia. Una escala de importancia fue formulada según la razón inversa de especificidad, así, entre más grande fuera la cobertura de un tema ambiental, sería relevante e importante sería.

2 REVISIÓN DE LITERATURA

Según se detalló en el ítem Metodología, la revisión de literatura incluyó artículos científicos, libros y otras publicaciones cuyo período de publicación fue entre los años 2004 y 2016.

2.1 Sobre la responsabilidad

Los países donde se aplican normas específicas para las cuestiones penales ambientales como en el caso de Brasil, la responsabilidad civil del agente causador del daño al medio ambiente se procesa a través de la denominada "responsabilidad civil objetiva", o sea, es aquella que no requiere de culpa para acontecer; se trata de un avance que va contra el conservadorismo, pues coloca la reparación del medio ambiente como prioridad, dejando en segundo plano la culpa del agente (SOUZA *et al.*, 2015).

Según Medeiros (2016) y Souza *et al.*, (2015), la regla para establecer la responsabilidad por daños ambientales es la aplicación de la responsabilidad civil objetiva, lo que facilita la reparación del medio afectado. Medeiros (2016) complementa citando a Antunes (2004), y diciendo que en Brasil existe dificultad en tipificar delitos ambientales, pues todavía existe una mentalidad conservadora en el medio jurídico. Por otro lado, para determinar la responsabilidad de la persona jurídica sin la presencia de la culpa parece ser más fácilmente comprendida al alejarse de los análisis del derecho penal.

En la visión de Linhares & Oliveira (2015), en Brasil existe la necesidad de instrumentos diferentes del derecho penal clásico, que sean más eficientes para penalizar la persona jurídica por los daños ambientales, justifican esa posición afirmando que el Código Penal está direccionado para la persona natural y que eso limita su aplicación a la persona jurídica.

En el caso de Colombia, la jurisprudencia en el tema ambiental tanto de índole civil como administrativo es prolifera (RUIZ, 2005). Sin embargo, y según afirma Ruiz (2005) es todavía muy incipiente en materia penal. Con relación a la responsabilidad objetiva el Código Penal

Colombiano en su artículo 12° dice “(...) queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”. Con relación a la normatividad sancionatoria ambiental (*i.e.*, de índole administrativo) Garro & Arrovaye (2011) afirman que esa legislación establece que lo es conocido como tipificación indirecta.

Describiendo la evolución normativa brasilera, Ribeiro (2001) indica que la ley de los delitos ambientales del país cerró el círculo que regula la contaminación ambiental, pues integra las esferas penal, administrativa y civil. Afirma además que la sanción administrativa ambiental se materializa por la presencia del poder policivo, y que los procesos en las tres esferas pueden desarrollarse simultáneamente.

Por su parte, el derecho penal colombiano en materia ambiental depende normativamente del derecho ambiental administrativo. Esto significa que para que sea eficiente deben ser agotados en primera instancia los medios de control administrativo y civil. Esto se explica porque el derecho penal aplica las penas para las conductas que atentan contra el medio ambiente o sea cuando ya existe el daño que en la mayoría de los casos es irreversible (CAÑÓN & ERASSO, 2004). Así, con relación a las medidas sancionatorias administrativas Díaz (2015) menciona que las reparaciones económicas además de ser insuficientes en las situaciones graves no lograrán reparar o subsanar no sólo los daños, sino también los perjuicios ocasionados al entorno ecológico y ambiental nacional.

Las normas colombianas de derecho penal en materia ambiental están en blanco (*i.e.*, en el derecho penal, las normas en blanco son aquellas leyes necesitadas de complemento, es decir, aquellos preceptos penales principales que contienen la pena pero no consignan íntegramente los elementos específicos del supuesto de hecho, puesto que el legislador se remite a otras disposiciones legales del mismo o inferior rango), pues su esencia según Díaz (2015) es administrativa y no penal, porque como ésta misma sugiere quien recibe los casos y los direcciona es el ente administrativo.

Lo anterior, significa que en la aplicación de normas de este tipo no se implemente el principio de favorabilidad en materia administrativa por ser un principio de índole penal. Lo anterior implica necesariamente una dinámica de mayor protección del derecho penal ambiental, para de esta manera lograr una eficacia en la protección de los recursos naturales y el medio ambiente que son protegidos en el título XI y XI-A del Código Penal Colombiano.

De acuerdo con Moreno (2015) la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-595 de 2010 representa el *Ius puniendi* del Estado reflejado en la potestad sancionatoria administrativa. El mismo autor expresa que al igual que el derecho penal, el derecho contravencional, el derecho correccional, el derecho de juzgamiento político (*i.e.*, impeachment) y el derecho correctivo o disciplinario, el derecho ambiental tiene cabida como una disciplina del Estado para punir las acciones que infrinjan los mandatos que protegen los bienes jurídicos del medio ambiente y los recursos naturales.

El derecho penal hace parte de la potestad sancionatoria del Estado, esto significa que tiene un grado importante de afectación de los bienes jurídicamente protegidos pudiendo incurrir en privación de la libertad, mientras que la potestad sancionatoria de índole administrativa procura la organización y el funcionamiento administrativo, así como la garantía del cumplimiento de las normas estatales exceptuando las privativas de la libertad (MORENO, 2015).

Cañón & Erasso (2004) mencionan que aunque el Código Penal Colombiano evidencia las características del bien jurídico a proteger, tiene varias disposiciones en blanco (como se afirmó en el tópico anterior), que prevé algunos factores en ese aspecto *de última ratio*. Por otra parte, afirman que la tutela del ambiente se da principalmente por medio de normas administrativas. Así, y en contexto con Sánchez (2014), es importante y fundamental profundizar en los análisis jurídicos, axiológicos y sociológicos de los delitos ambientales, así como de las normas administrativas y procesales relacionadas.

Según lo expuesto por Acevedo (2013), el derecho ambiental, en comparación con otras líneas del derecho se ha quedado atrasado en la elaboración eficiente de un cuerpo metodológico jurídico para la determinación de la responsabilidad ambiental y de la comisión de infracción, lo cual se convierte en la razón de ser de la motivación del acto administrativo sancionatorio. Así, es evidente la necesidad de profundizar en la estructuración de las infracciones y delitos ambientales para por una parte realizar procesos justos, pero por la otra parte, garantizar la protección de los derechos colectivos y del medio ambiente.

En contexto con lo anterior, es fundamental que los estudios e investigaciones sobre el derecho ambiental, así como los operadores administrativos y la comunidad en general tengan acceso a una teoría seria para la determinación de la responsabilidad ambiental, así como

la imposición de las sanciones correspondientes, para ello, es prudente analizar las teorías sobre el delito aplicándolas al derecho ambiental sin desconocer su autonomía, sus particularidades y por supuesto, en el caso colombiano su relevancia administrativa (ACEVEDO, 2013).

El artículo 225 de la Constitución Federal de Brasil de 1988 abordó la responsabilidad penal de la persona jurídica en delitos ambientales de una manera superficial, sin embargo, con la elaboración de la Ley 9.605/1998 logró avanzarse al respecto, a pesar de ser una norma con algunas críticas, pues se hace necesario establecer detalles procesales para que sea efectiva en la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica por delitos ambientales (QUEIROZ *et al.*, 2013).

Dentro de los elementos necesarios para cumplir el requisito citado con antelación se encuentran: los procedimientos de interrogatorio, la citación y substracción de la pena (OLIVEIRA; MENDES, 2014). Sin embargo, los autores adicionalmente aseguran que posibles cambios en la Ley de Delitos Ambientales brasilera puede significar cambios en otras normas. Finalmente dicen que las personas jurídicas no deberían entender esa forma de penalización como una violación del derecho penal, sino como una protección especial de la defensa del medio ambiente.

Según Perreira (2011) la legislación brasilera y los principios de derecho ambiental recomiendan la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica cuando éstas han ocasionado daños en el medio ambiente o en los recursos naturales. El autor recuerda, con base en la doctrina especializada, que son esas personas las que más comenten delitos de esa índole y que por ende no deberían dejar de ser punidas.

En el caso de Colombia, según Ruiz (2005) el Código Penal Colombiano en lo relativo al Título XI “de los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales”, se admite la culpabilidad y se excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas con posibilidad de ser juzgadas deberá ser ampliamente revisada para que exista coherencia y articulación con las normas procesales vigentes. Es importante recordar que en los países cuyo derecho tiene tradición anglosajona *de Common Law* se admite que las personas jurídicas puedan ser sujetos activos del delito y pasivos con relación a la responsabilidad penal. En contraposición en los países cuyo derecho tiene tradición latina *de Civil Law*, dentro del cual está Colombia, se conserva el principio del derecho romano *societas delinquere non potest*, la sociedad no puede delinquir (RUIZ, 2005).

Según Díaz (2015) el derecho punitivo colombiano evolucionó principalmente a favor de una concepción individualista de la responsabilidad penal, así como de la capacidad de acción, de la culpabilidad y el padecimiento de la pena, los cuales resultaban solo atribuibles a la persona física, lógicamente dejando por fuera la posibilidad de culpar a las personas jurídicas. Por otra parte, existen diferentes doctrinas que consideran relevante la responsabilidad penal de éstas sobre todo cuando se alude a los delitos contra el medio ambiente o los recursos naturales pues es evidente la conexión entre el crecimiento de las actividades humanas a nivel empresarial y/o industrial y varias de las acciones de mayor impacto negativo en los ecosistemas y recursos naturales.

Ahora, si se contempla una posible evolución de la doctrina del derecho penal es eminentemente necesaria la inclusión de la extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, las cuales según Díaz (2015) también pueden incurrir en acciones delictivas, teniendo en cuenta que existen varias normas aplicables a éstas personas capaces de producir resultados exigidos por el delito. La misma autora expone que es bien sabido que son las personas jurídicas las causantes principales del deterioro ambiental, de la destrucción de los ecosistemas, así como de la contaminación del recurso hídrico, el suelo y el aire; por ello, tiene sentido que sean ellas mismas quienes asuman las consecuencias derivadas de esas acciones.

2.2 Sobre la pericia como instrumento en la investigación del daño ambiental

Botteon (2016) informa que la pericia ambiental ocupa un espacio importante en la comprobación de litigios de esa naturaleza. Resalta el mismo la complejidad de los eventos que causan daños al medio ambiente por lo cual la pericia ambiental sería un procedimiento interesante para aclarar esos casos. Por su parte, Silva (2015) al analizar los delitos ambientales dice que la pericia ambiental es un instrumento fundamental para la realización de la justicia ambiental. Así, relaciona la Ley 9.605/1998 de Brasil, la cual incluye la pericia ambiental como uno de los más efectivos instrumentos para la punición de los infractores.

Oliveira & Calegari (2015) asocian la pericia ambiental con la pericia científica, pues el informe pericial está basado en comprobaciones científicas. En ese sentido, los autores indican la aplicación de la pericia

ambiental en delitos complejos como el de la contaminación, resaltando la eficiencia de este procedimiento en la Ley 9.605/1998.

2.3 Sobre las especificidades de las normas ambientales

Con relación a Brasil, Ribeiro & Silva (2014) apuntan para la necesidad de que la Ley de Delitos Ambientales aborde temas técnicos, es decir, que los asuntos técnicos ambientales puedan ser parte de las leyes ambientales para formar un cuerpo normativo más armónico, respetando la importancia de esa tutela para la sociedad.

Ahora bien, al analizar el tema de la contaminación con relación a la penalización de sus agentes Marques (2015) alude a la Ley 9.605/1998 y afirma que todavía existen dudas en la tipificación de la contaminación por ruido. Sin embargo, en el caso de la contaminación electromagnética y luminosa recuerda que es posible la configuración del delito, pero considera que todavía no existen estudios suficientes para comprobar sus daños al medio ambiente.

A su vez Prado (2015) resalta que la necesidad de protección penal ambiental es todavía discutida en la doctrina penalista, sin embargo, indica que existe una tendencia para pacificar esa incriminación en el caso de la contaminación ambiental. Éste autor alude al Código Penal de Holanda, diciendo al respecto que éste ha recibido varias críticas cuando trata la tipificación de los delitos ambientales, particularmente con relación a los delitos de contaminación presentes en el código, y concluye afirmando que es un exagero de los elementos limitadores de la tipificación, y que eso puede dificultar la aplicación de la norma penal perjudicando así la tutela jurídica.

Aunque no están refiriéndose de manera explícita a la introducción de especies animales en Brasil, Maciel & Marques Júnior (2015) consideran la importancia de la pérdida de biodiversidad en materia bioparitaria, bien sea en el sentido de llevar especies fuera del país, o de introducir las sin autorización, los daños al medio ambiente en este caso pueden ser similares. Los autores argumentan que existe una inercia estatal en la penalización de la bioparitaria, con perjuicios a la biodiversidad brasilera, siendo corroborado por Rangel *et al.* (2012).

Según Zenni (2016) son necesarias acciones prácticas y legales por parte del Gobierno en el sentido de disminuir las introducciones de especies en Brasil. No obstante, resalta que han aumentado de manera

significativa las publicaciones científicas de normas legales que de algún modo ayudan a controlar las invasiones biológicas.

Por otra parte, de acuerdo con Leal (2015) en la protección jurídica de la contaminación del agua en el Código Penal Brasileiro con relación a la Ley de Delitos Ambientales resalta la salud pública, pues en ese sentido, afirma que la pena por contaminar agua es más severa en el Código, pues la Ley de Delitos Ambientales trata éste asunto de una manera más genérica, como cualquier otro tipo de contaminación.

Con relación al Código Penal Colombiano, Rodas (2015) manifiesta que la “condensación” de los tipos penales contra el medio ambiente junto con la poco acertada redacción de las mismas se tradujo en la omisión de algunas situaciones delictivas aplicables a esta criminalidad entre las que se encuentran: las situaciones de atenuación o agravación punitiva, otras sanciones alternativas y las medidas de obtención del daño ecológico, entre otras. El autor evidencia la no explicitud de los daños sobre los bienes causados por los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales.

Con respecto a esas otras acciones que podrían afectar el medio ambiente o los recursos naturales, Ruiz (2005) sustenta deberían haberse incluido en el Código Penal Colombiano las relacionadas con el patrimonio cultural, el manejo de desechos tóxicos, con la fauna y la flora de manera más detallada, y una vez, reforzando las sugerencias de otros autores ya mencionados, promover la penalización y la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica.

Dentro de los delitos que se han tipificado en el Código Penal Colombiano con relación al tema ambiental, el artículo 332 que menciona la contaminación ambiental es el más amplio y comprensivo, pues incluye reglamentos y características que impide que se incumplan conductas que no se consideran de manera explícita en otros tipos penales (RUIZ, 2005). El mismo autor recomienda que de acuerdo a lo sugerido por expertos del derecho las infracciones ambientales se tipifiquen más de como simple peligro que como resultado para evitar su impunidad y finaliza citando lo expuesto por Antonio José Cansino, miembro de la comisión redactora del Código:

(...) se plantea la polémica jurídica respecto de las consecuencias de la conducta tipificada, para saber si se está ante un tipo de mero peligro o resultado, pues al emplear el legislador el término “el que contamine” queda la duda si es necesario o no, para el perfeccionamiento del ilícito, el que se produzcan los efectos nocivos de

la contaminación.

En Colombia, según lo retrata Cadavid (2008) el bien jurídico del medio ambiente es un complejo conjunto de subsistemas que integran “el objeto material de afectación” y el cual por medio de su orientación explicita la perturbación del propio bien jurídico. Así mismo, el actor asegura que en el Código Penal Colombiano no es posible determinar si la penalización de los delitos ambientales está o no condicionada por la generación de riesgos para los bienes fundamentales como la vida o la salud.

De acuerdo con Sánchez (2014), con relación al artículo 338 el Código Penal Colombiano refleja la postura ecocéntrica donde queda explícita la protección del medio ambiente y los recursos naturales por sí misma. Sin embargo, incluye la funcionalidad de éstos para el desarrollo de la vida humana y finaliza el autor sugiriendo que pese a ésta orientación ecocéntrica no es necesaria una postura antropocéntrica.

Ahora bien, con relación al bien jurídico de la salud pública Ruiz (2012) menciona que ésta alude al interés de los individuos y de la sociedad en general a no tener afectaciones en su salud. El mismo autor cita lo siguiente: “la salud general del país es el objetivo genérico de afectación sobre situaciones de riesgo y peligrosidad, y no se requiere que el bien jurídico deba ser dañado, sino apenas puesto en peligro”.

La salud para ser considerada un bien jurídico colectivo precisa de componentes que garanticen su funcionamiento adecuado (*i.e.*, físico, psíquico, emocional, etc...), es decir, que para considerar la lesividad del bien jurídico debe considerar la afectación de cualquiera de los componentes de la salud de los individuos (PABÓN, 2005). El bien jurídico de la salud pública en la doctrina colombiana se compone de las condiciones que le sirven a la población y a los individuos a mantener la salud física y mental. Se dice que este bien jurídico es colectivo porque afecta o alude a un grupo determinado de personas (RUIZ, 2012).

2.4 Sobre los puntos en común entre las dos normas

Se identificó que tanto en la Ley de Delitos Ambientales de Brasil, como en el Código Penal Colombiano (*i.e.*, Ley 9.605/1998 y Ley 599 de 2000, respectivamente) algunos temas analizados se tratan de manera similar. A continuación, se presentan algunos de los tópicos presentes en

las normas mencionadas: la afectación a la salud como agravante de un delito ambiental, la consideración de la situación económica y escolaridad del infractor, la tipificación de la introducción de una especie animal sin la debida autorización, la tipificación del maltrato animal, la destrucción del patrimonio cultural, la producción de sustancias tóxicas, la contaminación, entre otros.

Sobre la identificación de los probables autores de los delitos al medio ambiente la ley brasilera detalla en el artículo 2° con mayor claridad, donde además la figura del auditor está explícitamente incluida, lo cual no ocurre en el Código Penal Colombiano con relación a los mismos tipos penales ambientales. Sobre el concurso de personas las dos normas abordan el asunto objetivamente.

3 RESULTADOS

Los resultados encontrados constituyeron una gran cantidad de datos, los cuales se incluyeron en una tabla, según la metodología descrita. A continuación se presentan los resultados de forma resumida para la discusión de trabajo.

El Código Penal Colombiano, Ley 599/2000, así como la Ley de Delitos Ambientales Brasileira, Ley 9.605/1998 tratan claramente la necesidad de la culpa para la imputación del delito ambiental. No obstante, en la ley colombiana, en el artículo 12° se observa que está expresamente negada la posibilidad de la aplicación de la responsabilidad objetiva, la cual, por el contrario, está permitida en la ley brasilera para la imputación de la persona jurídica, cuando admite la responsabilidad en las esferas penal, administrativa y civil al mismo tiempo. A pesar de que existe discusión doctrinaria al respecto, existe indicación de que la responsabilidad de la persona jurídica en delitos ambientales no depende de la culpa.

Con relación a la identificación de los posibles autores de los delitos ambientales la ley brasilera lo detalla en el artículo 2°, incluyendo la figura del auditor, lo cual no se aborda en la ley colombiana.

Sobre el concurso de personas, las dos leyes abordan el asunto objetivamente (*i.e.*, el concurso de personas es definido cuando dos o más personas participan no cometimiento de un delito).

La responsabilidad administrativa con relación al tema no es tratada en la Ley 599/2000, ésta es abordada por otras normas (*i.e.*, El régimen Sancionatorio Ambiental, Ley 1333 de 2009). Por el contrario, la

Ley 9.605/1998, en el artículo 3° prevé este tema indicando “las personas jurídicas serán responsabilizadas administrativa, civil y penalmente conforme lo dispuesto en esta ley (...)”.

La Ley de Delitos Ambientales Brasileira considera daños en bien ajeno como un agravante de las acciones delictivas que atentaron contra el medio ambiente, por el contrario, el Código Penal Colombiano no incluye éstos en los agravantes de los tipos penales mencionados en los Títulos XI y XI-A.

La pericia ambiental es tratada de manera clara y explícita en la norma brasileira, en la colombiana no es mencionada. En la Ley 9.605/1998 la pericia ambiental es considerada como un importante instrumento para determinar la responsabilidad por delitos ambientales.

Con relación a la responsabilidad de la persona jurídica en delitos ambientales, la Ley 9.605/1998 en el artículo 21° no deja dudas sobre su posibilidad de imputación en esta persona. Por su parte en el Código Penal Colombiano, pese a que el artículo 29° trata la penalización de la persona natural vinculada a una persona jurídica no existe la correspondiente punición para esta figura.

La ley brasileira expone detalles físicos y biológicos del medio ambiente para la identificación de los delitos ambientales, del estado de recuperación de un ecosistema y de las puniciones. Un ejemplo al respecto: artículo 38° “Destruir o damnificar vegetación primaria o secundaria, en estado avanzado o medio de recuperación, del bioma mata atlántica (...)”. Se observa la ley brasileira llega a considerar la vegetación primaria o secundaria para este tipo penal, en ningún caso el Código Penal Colombiano establece especificaciones similares con relación al medio ambiente (*i.e.*, tipo de bioma, importancia ecológica, considerar agravante de un delito que sea un ecosistema estratégico, estado de recuperación, entre otras).

Como se mencionó anteriormente, con relación a la penalización de los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales se identificaron temas comunes tanto en la Ley de Delitos Ambientales de Brasil, como en el Código Penal Colombiano (*i.e.*, Ley 9.605/1998 y Ley 599 de 2000, respectivamente). Estos temas tienen tratamiento jurídico similar, los cuales no representan perjuicio en términos de la protección del medio ambiente.

4 DISCUSIÓN

Solamente en el período de 1990 a 2014 la población urbana de Brasil y Colombia ha crecido de 74% a 85% y, de 68% a 76%, con la tendencia de llegar en 2050 hasta 91% y 84%, respectivamente, lo cual contribuye de manera significativa con el aumento e incidencia de los delitos ambientales en los dos países (UNITED NATIONS, 2014).

En Brasil existe la Ley 9.605/98, o Ley de Delitos Ambientales, para tratar los delitos contra el medio ambiente; en Colombia ese tema es regulado por el propio Código Penal Colombiano, Ley 599/2000.

4.1 Sobre la responsabilidad

La responsabilidad objetiva es independiente de la culpabilidad, por lo tanto, no podría ser aplicada en la esfera penal. La regla o el camino más corto para la debida reparación del daño ambiental es la responsabilidad objetiva según lo observado por Medeiros (2016), pero como lo aclararon Linhares & Oliveira (2015), esa modalidad de responsabilidad no se encaja en el derecho penal clásico. En Colombia, según Ruiz (2005) la aplicación de sanciones penales proporcionales a los delitos ambientales es todavía poco perceptible.

Por su parte, la Ley de Delitos Ambientales Brasileira expone desde el punto de vista jurisprudencial un camino para la aplicación de la responsabilidad objetiva cuando existe ocurrencia de un delito ambiental por parte de la persona jurídica. No se trata de la aplicación de la premisa de la responsabilidad penal objetiva a la persona natural o jurídica, pero solamente la persona que no posee *animus*. Lo anterior, no podría ser relacionado al Código Penal Colombiano pues el artículo 12° erradica toda forma de responsabilidad objetiva. La responsabilidad penal de la persona jurídica consagrada en la ley brasileira además de constituir un avance en el control de delitos ambientales cumple con lo dispuesto en el artículo 225, inciso 3° de la Constitución Federal de Brasil.

En el caso de Brasil, la Ley 9.695/1998, si especifica este tipo de responsabilidad. En un trabajo reciente Ribeiro (2016) analiza la inclusión de la responsabilidad administrativa objetiva dentro de esta ley, resaltando que ésta es ejercida a través del “poder policivo” de la administración pública, y continúa su relato afirmando que la responsabilidad objetiva puede ocurrir conjuntamente con las esferas civil y penal, siempre buscando la forma más adecuada de reparar el daño ambiental.

Con relación a Colombia, por naturaleza penal, la Ley 599/2000

no trata la responsabilidad administrativa, la cual en el caso ambiental se aborda desde otras normas, incluyendo el Régimen Sancionatorio Ambiental (*i.e.*, Ley 1333/2009). La lógica normativa colombiana es diferente de la aplicada en la norma brasilera, pues al no poseer una ley específica de delitos ambientales que integre las esferas administrativa, civil y penal como acontece en Brasil, procura agotar los medios civil y administrativos antes de ingresar en el penal.

Una observación al respecto fue hecha por Cañón & Erasso (2004), reforzada más recientemente por Díaz (2015) quien enfatizó sobre la posible irreversibilidad de los daños ambientales incluso si las responsabilidades civil y administrativa fueran ejecutadas eficientemente. Esto, porque es razonable que sea más eficiente la aplicación conjunta o simultánea de las tres responsabilidades: civil, administrativa y penal, en el caso de los delitos contra el medio ambiente, debido a que, por su propia complejidad, estructura y dinamismo, las sanciones aisladas terminan siendo insuficientes para resarcir y/o reparar las consecuencias derivadas de estos hechos. Todo esto evidencia que el derecho penal ambiental en Colombia, al no conseguir articular las tres esferas, termina convirtiendo el sistema penal en un conjunto de normas en blanco.

Moreno (2015) menciona la capacidad punitiva del Estado con relación a la esfera administrativa, incluso en el área ambiental, vinculando la cuestión administrativa al *ius puniendi*, es decir, el Estado tiene la prerrogativa de punir administrativamente. Este mismo autor elabora una posición interesante para las acciones punitivas en la esfera administrativa por parte de las entidades públicas sea cual sea la acción discrecional. Es a través de esa acción que el funcionario público cuál actitud tomar dentro de los límites legales; en ese sentido es importante resaltar que cuando la Ley 9.605/1998 vincula la responsabilidad penal a la administrativa diciendo que ambas pueden actuar conjuntamente, acoge también el “poder discrecional” del funcionario público.

Conforma con el autor citado anteriormente, es pertinente resaltar que no debe confundirse en el aspecto finalista la esfera administrativa con la penal, pues en cuanto la primera está asociada con la administración del Estado, la segunda se relaciona con la privación de la libertad del individuo a través de procesos más complejos, inclusive con penas alternativas.

Por lo anterior, es meritorio aludir a Sánchez (2014) que concuerda con la necesidad de adoptar en Colombia una visión más holística de la cuestión de la responsabilidad ambiental, visión que podría

integrar el punto de vista jurídico con el axiológico social. En contexto, Acevedo (2013) se sitúa reconociendo la importancia de la responsabilidad administrativa ambiental, y sugiera que ésta sea ampliamente desarrollada en el ordenamiento jurídico nacional colombiano, para de este modo no incurrir en la injusticia e impunidad, sino por el contrario, tornar más eficiente la protección del medio ambiente y los recursos naturales.

En Brasil la responsabilidad de la persona jurídica por delitos ambientales ya está desarrollada en las esferas civil y administrativa, sin embargo, existen discusiones sobre la eficiencia en el sentido penal. La Ley 9.605/1998 en el artículo 21° es clara al responsabilizar la persona jurídica, mientras que el Código Penal Colombiano deja una laguna al respecto.

En el caso de Brasil, la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica para esos delitos viene de la propia Constitución Federal de 1988; sin embargo, esto no ha impedido que surjan críticas doctrinarias. Con relación a ello, Oliveira & Mendes (2014) apuntan que para la correcta aplicación de la responsabilidad penal ambiental sería necesario que la Ley 9.605/1998 cumpliera con los requisitos típicos del procedimiento penal no ambiental, es decir, interrogatorio, citación y substracción de pena y eso no ocurre. Los mismos autores aluden a la que de avanzar en la doctrina de la responsabilidad ambiental en la esfera penal, ésta pueda ser futuramente extendida a otras disciplinas no ambientales.

Como es evidente existen dudas y vacíos con relación a la eficiencia de la aplicación de la ley brasilera en la extensión de la responsabilidad por delitos ambientales a la persona jurídica. Como dice Perreira Neto (2011), si las empresas comenten muchos delitos contra el medio ambiente en Brasil, no deberían estar al margen de una punición efectiva. Concordando con lo anterior, Linhares & Oliveira (2015) aluden a la legislación brasilera y a los principios de derecho ambiental para hacer efectiva la desvinculación de este último del derecho penal clásico, para de esta manera, ser más eficiente en la penalización de la persona jurídica que cometiese un delito contra el medio ambiente.

En contraposición, en Ruiz (2005) se observa que en el Código Penal Colombiano no existe la posibilidad de desvincularse de la culpa para tornarse efectivo. Según el autor esa dificultad en aplicar la responsabilidad a la persona jurídica estaría vinculada a los sistemas jurídicos brasilero y colombiano, los cuales se enmarcan dentro del sistema *Civil Law*; si fuera un sistema *Common Law* el aplicado a los dos países la responsabilidad de la persona jurídica sería más fácil. Así se percibe que existe una

fuerte conexión entre la necesidad del *animus* en la determinación de la responsabilidad penal, y una empresa no posee alma.

Díaz (2015) alerta sobre la necesidad de una evolución del derecho penal con base en la capacidad de acción de la persona jurídica, en ese sentido, pretende que sea superada la concepción individualista de la responsabilidad penal, con base en la posición doctrinaria que entiende que existe una disposición o cooperación corporativa moderna. Se trata de una posición interesante, pues si una persona jurídica puede actuar de tal modo que produzca resultados de tipo penal como lo hace el individuo, esta también podría ser punida como éste.

4.2 Sobre la pericia como instrumento en la investigación del daño ambiental

En la práctica de la determinación del daño ambiental la pericia ambiental es fundamental pues el medio ambiente al ser complejo y dinámico exige la elaboración de informes técnicos que justifiquen determinadas acciones por parte de la justicia. La ley brasilera de delitos ambientales presenta la pericia ambiental como un elemento importante para la aplicación de las sanciones penales ambientales, como es visto en su artículo 19° donde la fijación de la multa y fianza dependen de ella, además, el mismo artículo indica que la pericia elaborada en el contexto civil podrá ser válida en la esfera penal.

Al estudiar los delitos ambientales Silva (2015) admitió que la Ley de Delitos Ambientales Brasilera tiene efectividad en la punición de delitos, pues posee como instrumento la posibilidad de realización de la pericia. En contexto, Oliveira & Calegari (2015) afirman que en el caso de los delitos de contaminación la pericia es extremadamente importante, así, y resaltando la complejidad del medio ambiente mencionada anteriormente, Ribeiro & Silva (2014) declaran la necesidad de un abordaje más técnico al tratarse de delitos ambientales, incluso para lograr consolidar un cuerpo normativo más armónico. La pericia ambiental tiene un papel muy importante en el seguimiento y punición de los delitos contra el medio ambiente (BOTTEON, 2016). Este autor admite esa posición, pues considera que el medio ambiente está compuesto de muchas variables sobre las cuales no se tiene buen control, en ese sentido la ley brasilera avanzó de manera importante.

4.3 Sobre las especificidades de las dos normas

Como el objetivo de la Ley 9.605/1998 de Brasil es tratar los delitos contra el medio ambiente, su estructura parece estar mejor fundamentada para ejercer esa función que la Ley 599/2000 (*i.e.*, Código Penal Colombiano). El análisis de las especificidades de las normas en mención sobre el tema ambiental con el fin de proteger efectivamente este bien jurídico evidencia que una norma más detallada parece representar mayor eficacia. Por ejemplo, mientras la ley brasilera llega a detallar el tipo de avance en los procesos de regeneración de la vegetación, o a incluir el daño en bien ajeno como agravante en estos tipos penales, en el Código Penal Colombiano no se incluyen detalles similares.

La Ley de Delitos Ambientales de Brasil presenta algunos agravantes en para los actos delictivos que atenten contra el medio ambiente. Esa particularidad de tipificación emerge de una ley hecha para actuar en la complejidad del medio ambiente. Con relación a ello, Ribeiro & Silva (2014) indican la necesidad de abordar temas técnicos para enfrentar la dificultad de tutelar el medio ambiente en sus diversos aspectos. Rodas (2005) corrobora lo anterior, afirmando que en el Código Penal Colombiano hizo falta la inclusión expresa de agravantes o atenuantes de pena, las sanciones, medidas de restauración, entre otras. La doctrina tanto de Brasil como de Colombia parece converger en la necesidad de incluir y profundizar temas técnicos dentro de las normas protectoras del medio ambiente.

En Brasil, Ribeiro & Silva (2014), citados anteriormente, destacan la armonía en el cuerpo legal con base en los detalles técnicos; Marques (2015), Prado (2015) aluden a la dificultad de la tipificación de la contaminación cuando las normas no presentan detalles técnicos. En Colombia, algunos aspectos que podrían ser incluidos para la tipificación de los delitos ambientales podrían incluir los daños en el patrimonio cultural, la disposición final inadecuada de residuos sólidos y líquidos, la exclusión de excepciones en la tipificación del maltrato animal, los daños en ecosistemas estratégicos, y otros asociados a fauna y flora, entre otros.

En contexto, Ruiz (2005) recuerda que para el perfeccionamiento de la tipificación de un delito ambiental puede haber la necesidad de distinguir un simple peligro de un delito ambiental, y cita como ejemplo, la contaminación ambiental como un factor crítico en la tipificación de conductas lesivas al medio ambiente. Al tratar la pérdida de biodiversidad

y biopiratería Maciel & Marques Júnior (2015) y Zenni (2016) convergen para un mismo punto, es decir, la inercia del Estado en establecer normas con claridad. El riesgo de la pérdida del equilibrio de la biodiversidad puede traer perjuicios ecológicos y económicos incalculables e irreversibles. Así, el peligro no es solamente en la salida de especies de Brasil, sino también en la introducción de especies que podrían quebrar el equilibrio ecológico en diversas regiones de planeta.

Una de las especificidades necesarias para una eficiente protección del medio ambiente con base en la penalización de acciones nocivas contra el mismo estaría en la asociación de la tutela del agua con la salud pública. Leal (2015) sugiere que sería relevante estudiar la severidad con la cual se penaliza la contaminación del agua con afectación a la salud pública.

Colombia, también es muy rica en doctrina que aborda la necesidad de incluir especificaciones técnicas en el título que protege el medio ambiente en el Código Penal Colombiano, así como en otras normas protectoras del medio ambiente. En Pabón (2005), se encuentra el interesante entendimiento que la salud es un bien colectivo en un escenario ambiental. Cadavid (2008) concuerda con esto, y adiciona que el medio ambiente está directamente vinculado con la salud y la vida. Desde Ruiz (2012) se identifica que el bien jurídico salud pública está asociado con un entendimiento de un bien social, por lo cual podría decirse que es de naturaleza socio-ambiental.

No obstante, no toda la posición doctrinaria colombiana sobre el medio ambiente lo vincula con la salud colectiva. Una posición ecocéntrica es relatada por Sánchez (2014) cuando resalta que en el Código Penal Colombiano el legislador tuvo esa visión porque al referirse al medio ambiente lo hace en el sentido de la protección por sí mismo, pero no por los servicios e importancia que éste tiene significa para la vida humana. Aunque existen posiciones contrarias con relación a la visión ecocéntrica, es cierto, que para la protección eficiente del medio ambiente no puede adoptarse una posición contraria o antropocéntrica, quizás esa inclinación logra resaltar la importancia del medio ambiente y su complejidad para no sólo nuestra supervivencia sino la de todas las formas de vida.

Ruiz (2012), por ejemplo, aborda el bien jurídico de la salud pública detallando su susceptibilidad y complejidad; dentro de esa lógica es razonable vincular esa susceptibilidad propia de algo tan inherente a la vida, con la susceptibilidad ambiental.

Por otra parte, puede afirmarse que las especificidades son de cada

norma y no necesariamente por no estar explícitas de modo similar a otra no están alcanzando alguna conducta delictiva, aunque ciertamente ese vacío dificultará la punición. La Ley 9.605/1998 por ejemplo, en el artículo 2° incluye la figura de auditor como alguien que podría tener responsabilidad por un delito ambiental, lo cual por ejemplo no se especifica en el Código Penal Colombiano, sin embargo, eventualmente ésta norma podría alcanzar a ese profesional penalmente.

4.4 Sobre los puntos en común entre las dos normas

Los puntos en común entre las dos normas probablemente se explican por el hecho que la Ley de Delitos Ambientales de Brasil, Ley 9.605/1998, tuvo su origen en el Código Penal Brasileiro. Por esto, la ley entre la ley brasileira y la Ley 599/2000, o el Código Penal Colombiano, reside en su naturaleza penalista. El concurso de personas, por ejemplo, es un tema que se aborda en las dos normas.

Así, es interesante observar que el Código Penal Colombiano se ha modificado en el tiempo, incluyendo en su articulado aspectos ambientales, incluso, recientemente la penalización de algunas formas de maltrato animal. Algunas cuestiones pertinentes que podrían establecerse serían ¿hasta cuándo el Código Penal Colombiano podrá incluir aspectos ambientales sin contrariar la armonía jurídica?, y, ¿qué podría estar siendo perdido en términos de protección ambiental si el Código Ambiental Colombiano continúa sin incluir especificidades técnicas?

CONCLUSIONES

A diferencia de la Ley de Delitos Ambientales Brasileira que desde su sanción procuró traer varias especificidades con relación al medio ambiente, el Código Penal Colombiano ha incorporado cuestiones ambientales con el pasar del tiempo. Un avance en la tipificación del maltrato animal fue incluido con el Título XI-A adicionado por el artículo 5° de la reciente ley 1774 de 2016 “Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones”.

La lenta incorporación de aspectos legales ambientales dentro del Código Penal Colombiano puede significar armonía en el sistema jurídico nacional. Por el contrario, la ley brasileira realizó eso de forma rápida lo

cual podría provocar algunas pérdidas conceptuales, razón por la cual sería importante la realización de estudios relacionados con ello.

El medio ambiente es un sistema complejo y merece ser tratado de esa manera, por ello, la tipificación de los delitos ambientales requiere considerar aspectos técnicos del medio ambiente, así como las sanciones administrativas pertinentes.

En ese sentido, existen ventajas de la Ley 9.605/1998 de Brasil en comparación con el Código Penal Colombiano en la protección penal del medio ambiente, ello, con posible relación a los detalles que la norma ambiental posee. Sin embargo, no puede ser descartada la posibilidad de que los vacíos normativos mencionados anteriormente con relación a los delitos ambientales no puedan ser atendidos (*i.e.*, de manera poco proporcional al daño causado) por otros procesos legales distintos a la esfera penal.

Una posible razón por la cual el legislador ha mantenido los delitos ambientales dentro del Código Penal Colombiano y no en una ley específica podría ser por la necesidad de optimizar el sistema legal y evitar el desgaste jurídico y administrativo. Sin embargo, para una mejor protección del medio ambiente y los recursos naturales y una punición más eficiente de las conductas que podrían afectarlo es necesaria la inserción de varias acciones nocivas para el medio ambiente y que actualmente no se encuentran tipificadas.

Es importante que la legislación penal ambiental colombiana camine hacia la real articulación de los sistemas administrativo, civil y penal, pues las afectaciones ambientales por su propia naturaleza no pueden ser concebidas sin un análisis holístico e interdisciplinar, así como las sanciones y puniciones correspondientes.

REFERENCIAS

ACEVEDO MAGALDI, Jesús María. La teoría de la infracción ambiental en Colombia desde una concepción funcionalista del Derecho Penal. *Justicia Juris*, Barranquilla, v 9, n. 2, p. 98-107, 2013. Disponible en: <<http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v9n2/v9n2a10.pdf>>. Acceso en: 17 jun. 2016.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BOTTEON, Victor Wilson. Aplicabilidade de ferramentas de geotecnologia

para estudos e perícias ambientais. *Revista Brasileira de Criminalística*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 7-13, 2016. Disponible en: <file:///C:/Users/Anselmo/Downloads/110-621-1-PB%20-%20geotecnologias%20ambiental.pdf>. Acceso en: 16 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.605, 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. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília DF, 13 de fevereiro de 1998. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acceso en: 18 jun. 2016.

CADAVID QUINTERO, Alfonso. La protección penal del medio ambiente en el derecho penal colombiano. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María. *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*. Espanha: Unirioja, 2008. p. 213-229.

CAÑÓN DE LA ROSA, Juliana María; ERASSO CAMACHO, Germán. *El papel del derecho penal en la tutela del ambiente*. Pontificia Universidad Javeriana. Trabajo de grado Facultad de Ciencias Jurídicas, 2004. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS03.pdf> Acceso en: 25 de abril de 2016.

COLOMBIA. Ley 599 de 24 de julio de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. *Diario Oficial No. 44.097 de la República de Colombia*, Bogotá, 24 de julio del 2000. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html. Acceso en: 1 octubre de 2016.

DÍAZ BURGOS, Mariela. *La protección jurídico-penal del medio ambiente y el delito ambiental en Colombia*. 2015. 245f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Universidad Santo Tomas. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia, 2015. Disponible en: <http://porticus.usantotomas.edu.co/bitstream/11634/405/1/la%20proteccion%20juridico-penal%20del%20medio%20ambiente%20y%20el%20delito%20ambiental%20en%20colombia.pdf>. Acceso en: 15 jun. 2016.

GARRO PARRA, Álvaro; ARROYAVE SOTO, Jorge Honorio. La definición de infracción ambiental en la ley 1333 de 2009: ¿es contraria el principio de legalidad?. *Estudios de Derecho*, Medellín, v. 68, n. 152, p. 181-200, 2011. Disponible en: <file:///C:/Users/Anselmo/Downloads/11385-34997-

1-PB.pdf>. Acesso en: 14 jun. 2016.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEAL, Rodrigo José. Água, direito humano fundamental e sua proteção penal no ordenamento jurídico brasileiro: das ordenações medievais do reino às normas de controle dos crimes ambientais. *Revista Jurídica*, Blumenau, v. 19, n. 38, p. 161-194, 2015. Disponible en: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/4913/2982>>. Acesso en: 19 jun. 2016.

LINHARES, Sólón Cícero; OLIVEIRA, Daniele Aparecida de. O conceito construtivista de culpabilidade e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais. Uma análise através da figura do *compliance programs*. *Revista Jurídica*, Blumenau, v. 19, n. 40, p. 41-60, 2015. Disponible en: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/4960/3210>>. Acesso en: 16 jun. 2016.

MACIEL, Laura Ribeiro; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. A proteção da biodiversidade ante as possíveis soluções para a omissão legislativa em matéria de biopirataria no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 163-193, 2014. Disponible en: [file:///C:/Users/Anselmo/Downloads/297-1047-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Anselmo/Downloads/297-1047-1-PB%20(1).pdf). Acesso en: 15 jun. 2016.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, José Roberto. Os danos causados ao meio ambiente por poluição sonora, eletromagnética, visual e luminosa: reparação, sanções penais e administrativas. *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v.14, n. 25, p. 215-294, 2015. Disponible en: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1261?show=full>>. Acesso en: 17 jun. 2016.

MEDEIROS, Paula Battistetti. Responsabilidade civil e seus reflexos no uso antissocial do meio ambiente. *Biodiversidade*, Rondonópolis, v. 15, n. 1, 2016. Disponible en: <<http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/biodiversidade/article/view/3593>>. Acesso en: 18 jun. 2016.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MICHEL, Maria Helena. *Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORENO BERNAL, Mayvi Diana. *Flagrancia en el derecho penal, ambiental y disciplinario como manifestaciones propias del derecho sancionatorio*. 2015. 143f. Monografía (Especialización en Derecho Sancionatorio) - Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia, 2015. Disponible en: <<http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/7479>>. Acceso en: 14 jun. 2016.

OLIVEIRA, Ricardo Moraes de; MENDES, Luis Henrique Amarilla. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá e Escola da Magistratura Mato-Grossense*, Cuiabá, v. 2, p. 192-209, 2014. Disponible en: <<https://pt.scribd.com/doc/307256947/151-556-1-PB-pdf>>. Acceso en: 13 jun. 2016.

OLIVEIRA, Valéria Martins; CALEGARI, Wilma. A importância da perícia ambiental. In: ENCONTRO CIENTÍFICO DA FACULDADE ARTHUR THOMAS, 4., 2015, Londrina. *Anais...Londrina*, 2015. Disponible en: <<http://www.faatensino.com.br/wp-content/uploads/2015/10/ANAIS-DO-IV-ECAT1.pdf>>. . Acceso en: 12 fev. 2016.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de derecho penal, parte general y especial*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2005.

PERREIRA NETO, Aloisio. A lei brasileira de crimes ambientais e o posicionamento dos tribunais. *Lusiada. Direito e Ambiente*, Lisboa, v.2, p. 9-32, 2011. Disponible en: <<http://www.revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/lda/article/download/2124/2243>>. Acceso en: 16 jun. 2016.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas et al. Proteção penal do meio ambiente na holanda: o crime de poluição penal. Environment protection in the netherlands: the crime of pollution. *Duc In Altum-Cadernos de Direito*, Recife, v. 7, n. 13, p. 5- 53, 2015. Disponible en: <<http://www.faculdededamas.edu.br/revistas/index.php/cihjur/article/viewFile/444/487>>. Acceso en: 12 jun. 2026.

QUEIROZ, Claudia Carvalho; GURGEL, Yara Maria Pereira; COSTA, Rafaela Romana Cavalho. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público nos crimes ambientais: necessidade de adequação das sanções penais da Lei de n. 9.605/98. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 301-324, 2013. Disponible en: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/279/351>>. Acceso en: 16 jun. 2016.

RANGEL, Helano Marcio Vieira. A proteção da propriedade intelectual e a biopirataria do patrimônio genético amazônico à luz de diplomas internacionais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 9, n. 18, p. 89-115, 2012. Disponible en: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/279/351>. Acceso en: 18 jun. 2016.

RIBEIRO, José Valter. Infrações e sanções administrativas no direito ambiental. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, Cuiabá, v. 3, n. 1, p. 101-121, 2001. Disponible en: <<http://www.ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/download/89/67>>. Acceso en: 18 jun. 2016.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; SILVA, Fábio Márcio Piló. Um ensaio sobre vícios legislativos contidos na lei de crimes ambientais à luz do princípio da proporcionalidade. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, Caxias do Sul, v. 4, n. 1, 2014. Disponible en: <[HTTP://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/viewFile/3684/2107](http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/viewFile/3684/2107)>. Acceso en: 12 jun. 2016.

RODAS MONSALVE, Júlío César. *Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental Colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

RUIZ, Alberto. *La conducta ambiental punible en Colombia*. 2005. 172f. Monografía (Especialización en Alta Dirección del Estado) - Escuela Superior de Administración Pública. Bogotá, Colombia, 2005. Disponible en: <<http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/la%20conducta%20ambiental%20punible%20en%20colombia.pdf>>. Acceso en: 19 junio de 2016.

RUIZ, Carlos Arturo. Acercamiento al bien jurídico Salud Pública. *Revista Nuevo Derecho*, Colombia, v.8, n. 11. p. 69-79, 2012. Disponible en: <<http://revistas.iue.edu.co/index.php/nuevoderecho/article/view/615/935>>.

Acceso en: 17 jun. 2016.

SÁNCHEZ ZAPATA, Sebastián. La protección penal del medio ambiente: análisis del artículo 338 del Código Penal Colombiano sobre minería ilegal. *Actualidad Jurídica Ambiental*, España, v. 31, p. 5-28, 2014. Disponible en: <<http://www.mapama.gob.es/es/red-parques-nacionales/boletin/aja.aspx>>. Acceso en: 18 jun. 2016.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 23 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Sandey Bernardes da. Perícia Ambiental: Definições, Danos e Crimes Ambientais. *Revista de Ensino, Educação e Ciências Humanas*, Londrina, v. 13, n. 1, 2015. Disponible en: <<http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/ensino/article/view/735/701>>. Acceso en: 17 jun. 2016.

SOUZA, Leonardo da Rocha; HARTMANN, Débora; SILVEIRA, Thais Alves. Dano ambiental e a necessidade de uma atuação proativa da administração pública. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p. 343-373, 2015. Disponible en: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/630/465>>. Acceso en: 17 jun. 2016.

SPADOTTO, Anselmo Jose. *Método Científico Aplicado e Discutido: Teoria e Prática*. Curitiba: Juruá, 2015.

UNITED NATIONS. *World urbanization prospects: the 2014 revision*. New York: United Nations, 2014. Disponible en: <<https://esa.un.org/unpd/wup/publications/files/wup2014-highlights.Pdf>>. Acceso en: 16 jun. 2016.

ZENNI, Rafael Dudeque; DECHOUM, Michele de Sá; ZILLER, Sílvia Renate. Dez anos do informe brasileiro sobre espécies exóticas invasoras: avanços, lacunas e direções futuras. *Biotemas*, Florianópolis, v. 29, n. 1, p. 133-153, 2016. Disponible en: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/biotemas/article/view/2175-7925.2016v29n1p133>>. Acceso en: 17 jun. 2016.

Artigo recebido em: 26/12/2016.

Artigo aceito em: 19/04/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

Spadotto, Anselmo Jose; BARREIRO, Maria Del Pilar Romero; MEDEIROS, Gerson Araújo de. Inferencias Sobre la Ley Brasileira de Delitos Ambientales en Comparación con el Código Penal Colombiano. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 221-249, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/957>>. Acesso em: dia mês. ano.

FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE: UMA PROPOSTA CONCEITUAL

Giselle Marques de Araújo

Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA/RJ).
Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF).
Professora da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB).
E-mail: giselle_marques@hotmail.com

RESUMO

O artigo pretende esmiuçar o conteúdo da expressão “função ambiental da propriedade privada”, verificando se a função ambiental seria espécie do gênero “função social”, e a pertinência da frequente utilização do termo “função socioambiental da propriedade”. Para tanto, insere a temática no contexto da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, compreendendo direito de propriedade e direito ao meio ambiente equilibrado como direitos historicamente conquistados e modificados. Traz ao centro da análise hipóteses nas quais o interesse social e o ambiental colidem, como é o caso da necessidade de assentamento de famílias “sem terra” em áreas ambientalmente sensíveis. Na busca de um princípio explicativo, a pesquisa utiliza o método indutivo-dedutivo proposto por Aristóteles, resultando na conclusão de que função social e função ambiental da propriedade, embora tenham uma base comum, apresentam conteúdos distintos, esta voltada para a proteção e defesa do meio ambiente, aquela para a geração de recursos (emprego e renda) e para a produção de alimentos, nem sempre sendo correta a utilização da expressão “função socioambiental da propriedade”. Sob o aspecto conceitual, defende a “função ambiental da propriedade” como desempenho ou cumprimento da finalidade de conservação do meio ambiente como categoria que carrega valor em si próprio.

Palavras-chave: Meio ambiente. Direitos fundamentais. Interesse social.

*ENVIRONMENTAL FUNCTION OF PROPERTY:
A CONCEPTUAL PROPOSAL*

ABSTRACT

The article intends to deeply examine the substance of the expression “environmental function of the private property”, verifying if the environmental function is a species of the genre “social function” and the relevance of the frequent usage of the term “social environmental function of property”. To accomplish that, it inserts the theme in the context of the General Theory of Fundamental Rights, understanding right to property and right to a balanced environment as rights historically conquered and modified. Brings to the center of the analysis hypothesis in which the social and environmental interests collide, such as the need of settlement for landless families in environmentally sensitive areas. In search for an explaining principle, the research uses the Inductive-Deductive Method proposed by Aristotle, arriving in the conclusion that, even though the social and environmental function of property share a common foundation, they both share different substances, the first directed towards the protection and defense of the environment, and the second to the generation of resources (employment and income) and food production. Therefore, the usage of the expression “social-environmental function of property” is not always adequate. Regarding the conceptual aspect, defends “the environmental function of property” as an output or fulfillment of the purpose of environmental conservation, and as a category that carries value within itself.

Keywords: *Environment; Fundamental rights; Social interest.*

INTRODUÇÃO

Pouco se produziu em termos de pesquisa científica no Brasil, no sentido de delinear o conteúdo da expressão “função ambiental” da propriedade privada. A doutrina utiliza com frequência o termo “socioambiental”, como se função social e ambiental traduzissem o mesmo significado. Este artigo tem por objetivo contribuir com a definição do conteúdo da função ambiental, destacando situações nas quais o interesse social e o ambiental entram em rota de colisão.

A pesquisa foi desenvolvida a partir da análise da tensão entre propriedade e meio ambiente, à luz da discussão dos direitos fundamentais¹ que, no caso brasileiro, estão em sua quase totalidade, enumerados no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88. O direito ao meio ambiente equilibrado, no entanto, não consta desse rol: está insculpido no artigo 225 dessa mesma Constituição. Segundo DERA-NI (1988, p. 91), isto não significa que não deva ser considerado um direito fundamental, “pois um direito é fundamental quando o seu conteúdo invoca a liberdade do ser humano”.

A clássica obra “A Era dos Direitos”, de Norberto Bobbio, é referência obrigatória quando se pretende compreender os direitos fundamentais². Segundo Bobbio (1992, p. 5), os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, nascidos sob certas circunstâncias, “caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, e nem de uma vez por todas”.

O direito de propriedade, em uma primeira fase de seu desen-

1 Há aqueles que defendem, como critério para identificar os direitos fundamentais, a menção expressa a esta condição feita pela própria Constituição, o que, à primeira vista, apresenta-se como um caminho seguro (entre estes, Retortillo (1988, p. 65) e Hesse (1998, p. 225); mas por outro lado, pode significar um “engessamento” reduzir a noção de direitos fundamentais a um mero critério formal, ainda que fornecido pela própria Carta Magna. Compartilham desta opinião, Sarlet (2001, p. 97) e Piovesan (1997, p. 78-80).

2 Não são poucas as críticas à formulação das “gerações” de direitos fundamentais propostas por Bobbio. A esse respeito, Trindade (2003, p. 41) opõe-se ao que chamou de “visão fragmentária dos direitos humanos”, defendendo a “natureza complementar” de todos os direitos humanos, com o que concordou Sarlet (2013, p. 31). Em que pese a sabedoria reconhecida dos autores que compartilham dessa visão, discorda-se, no entanto, desse entendimento, na medida em que Bobbio não defendeu que uma geração de direitos revogaria ou excluía a outra. Ao identificar as “gerações de direitos humanos”, Bobbio pretendeu ilustrar como aconteceu o surgimento de cada classe dos direitos humanos, de acordo com cada momento histórico. A teoria de Bobbio não propôs a divisibilidade dos direitos humanos ou a hierarquia entre eles, como equivocadamente entendem alguns autores. Seu pensamento contribuiu sobremaneira para que se pudesse, de forma didática, vislumbrar o surgimento e a positivação dos direitos humanos, como decorrência da luta de “novos direitos” contra “velhos poderes”.

volvimento histórico, fundamentava-se na necessidade do indivíduo de usufruir de uma liberdade negativa, consubstanciada na não intervenção do Estado na esfera individual, classificado por Bobbio como “direito de primeira geração”, nascido da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos. As liberdades políticas e sociais, por sua vez, na visão de Bobbio, seriam resultado do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, “dos camponeses com pouca ou nenhuma terra”, que passaram a exigir do Estado “não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas”, mas também “a proteção do trabalho contra o desemprego”, o direito à educação, à saúde, enfim, os direitos sociais, classificados por Bobbio (1992, p. 6) como “de segunda geração”. Ao lado desses, emergiram os direitos de terceira geração, que

[...] constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede compreender do que efetivamente se trata. **O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.** (grifamos)

É em face dessa incerteza quanto ao conteúdo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e seus reflexos no âmbito do direito de propriedade que se desenvolve o presente artigo, com o objetivo de contribuir para a compreensão desse fenômeno acerca do qual as teorias existentes são ainda insuficientes, especialmente no que diz respeito à definição do que seria, afinal, a “função ambiental” da propriedade privada.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE SADIO

A consciência ecológica avança a passos largos, estando presente, hoje, no arcabouço legislativo da maioria dos países ocidentais. Sarlet (2008, p. 50-51) identifica o direito ao ambiente equilibrado entre os direitos fundamentais de “terceira dimensão”:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Algumas Constituições incluem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no rol dos direitos fundamentais. Na Europa, a Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente que se realizou em Estocolmo-Suécia, no ano de 1972, influenciou decisivamente as Constituições dos povos que se libertavam de regimes ditatoriais, como é o caso da Espanha e de Portugal. A Constituição da República Portuguesa de 1976, no artigo 66, inseriu, entre os direitos econômicos, sociais e culturais, “o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado”. Inspirada nesse dispositivo, a Constituição da Espanha, em 1978, disciplinou, em seu artigo 45³:

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 vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la inexcusable solidaridad colectiva; 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.

No caso da Alemanha, após a Conferência de Estocolmo, foram intensos os debates doutrinários sobre a necessidade de incorporar o direito ao meio ambiente sadio no âmbito constitucional. Apesar disso, somente em 1994 a Lei Fundamental desse país acolheu o artigo 20a, cujo teor é o seguinte⁴:

Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.

3 Tradução livre da autora: “1) Todos têm o direito de desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo. 2) Os poderes públicos devem assegurar o uso racional dos recursos naturais com a finalidade de proteger e melhorar a qualidade de vida, defender e restaurar o meio ambiente, contando com a inescusável solidariedade coletiva. 3) Para aqueles que violarem o disposto nos itens anteriores, nos termos da lei, serão estabelecidas sanções penais ou, conforme o caso, administrativas, assim como a obrigação de reparar o dano causado.

4 Em tradução livre da autora, a versão em português seria aproximadamente a seguinte: O Estado deve proteger as bases naturais da vida, tendo em conta também a sua responsabilidade para com as futuras gerações, no âmbito da ordem constitucional, segundo a lei e o Direito, por meio do poder Legislativo e dos poderes Executivo e Judiciário.

A Constituição alemã, portanto, atribuiu ao Estado o dever de proteção ao meio ambiente, em vez de instituir um direito fundamental ao ambiente. Ainda assim, a doutrina daquele país atribui peso considerável ao mencionado princípio. É o caso do Professor Calliess (2001, p. 18-23)⁵, para quem esse dispositivo constitucional, na medida em que vinculou o legislador à produção de normas de proteção ambiental, permitiu o controle judicial em face da proibição de proteção deficiente, à semelhança da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, e em consonância com a formulação de Canaris (2009, p. 36).

A obra de Calliess apresenta uma análise da tensão efetiva e potencial entre a proteção ambiental e a proteção aos direitos fundamentais, que seria a função central do Estado de Direito. Essa tensão verifica-se em situações nas quais a proteção ambiental colide com direitos fundamentais, como o direito de propriedade, que é também o núcleo central do presente artigo. Por isso, a reflexão de Callies pode ser utilizada para verificar se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui-se em um “direito fundamental”.

Ainda que, no caso da Alemanha, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não esteja entre os direitos fundamentais, Callies (2001, p. 29) defende que a proteção ambiental é, atualmente, condição de legitimidade⁶ do Estado. Por isso, o Estado deve tomar o devido cuidado para que os riscos de dano aos bens individuais fundamentais não se tornem tão grandes, a ponto de se transformarem em um perigo no sentido jurídico. O Estado de Direito, segundo Callies, deve prestar atenção ao fato de que deve coordenar as esferas de direito dos cidadãos em função de uma máxima liberdade possível, afastando as concepções que possam resultar numa “ecoditadura”.

Em outras palavras, a tarefa de proteção ambiental que o artigo 20a da Constituição da Alemanha atribuiu ao Estado não pode significar um “déficit de Estado de Direito”. Como efetivar isso? Callies propõe que o Estado, em meio a medidas restritivas e realizadoras da liberdade, realize uma ponderação o mais protetora possível da liberdade e, com isso, digna de um verdadeiro Estado de Direito.

5 Christian Calliess é professor da Universidade Livre de Berlim e da Pós-Graduação sobre a integração europeia do Instituto Europeu da Universidade de Saarland. Membro do Conselho Consultivo do Meio Ambiente - SRU -, o foco do seu trabalho científico é a política ambiental no âmbito da lei europeia e os direitos humanos fundamentais (incluindo os direitos de proteção).

6 A legitimidade é destacada aqui como um elemento externo ao sistema, mas que o justifica. Niño (1994, p. 62) lembra que “a validade de certo ordenamento jurídico não pode fundar-se em regras desse mesmo sistema jurídico, mas deve derivar de princípios externos ao próprio sistema”.

A ponderação proposta por Callies vai além das discussões sobre colisão entre direitos fundamentais, que se tornaram bastantes conhecidas no Brasil a partir das contribuições de Alexy (2008, p. 85)⁷ e Dworkin (2002, p. 40-42)⁸. Ele argumenta que as colisões não são mais bipolares, mas sim “multipolares”. É nessa perspectiva que, mesmo sem a inserção expressa do direito ao ambiente no catálogo dos direitos fundamentais na Alemanha, seria possível naquele sistema jurídico a identificação de um “Estado Ambiental”, termo que evidencia a necessidade de considerar o divisor de águas no qual se encontra o Estado de Direito em relação à tensão entre proteção ambiental e garantia de outros direitos fundamentais, dentre os quais o direito de propriedade.

Considerando-se que a atividade humana quase sempre implicará a alteração das condições naturais, o foco do “Estado Ambiental” estaria nos critérios de definição para melhores condições ambientais, entre os quais Callies destaca o princípio da precaução e o postulado do desenvolvimento sustentável. Essas seriam diretrizes a serem também observadas na interpretação judicial das questões que envolvem o meio ambiente. O Estado, portanto, tem a tarefa de não deixar o desenvolvimento seguir livremente em uma época na qual o avanço tecnológico caminha a passos largos, e sim de dar direção a esse desenvolvimento. Desse poder-dever do Estado, resultaria um duplo monopólio da força estatal, de modo que os deveres de proteção ambiental do Estado fixados pelo artigo 20a da Constituição alemã estariam fortalecidos a ponto de serem colocados em igual força em relação aos direitos fundamentais, na perspectiva subjetiva individual.

Os interesses de direito subjetivo e objetivo seriam, em um primeiro momento, realizados na dimensão da defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos subjetivamente protegidos; no segundo momento, pela

⁷ A colisão entre princípios constitui-se em um dos grandes desafios para o direito constitucional contemporâneo. A chave para a solução desse problema, segundo Robert Alexy, estaria na análise da estrutura das normas de direitos fundamentais, buscando-se a distinção entre princípios e regras. No caso do conflito entre regras, seria possível aplicar uma “cláusula de exceção” a uma delas, ou até mesmo a invalidação daquela que tivesse menor incidência na análise de um caso concreto. A distinção entre princípios, no entanto, não pode resultar na invalidação ou revogação de quaisquer desses. Um princípio nunca revoga ou invalida o outro. Alexy propõe uma fórmula através da qual seriam atribuídos pelo intérprete valores baseados no peso de cada princípio, segundo as características de incidência desses no caso concreto. Haveria dois métodos para a solução de conflitos: a ponderação e o balanceamento. Alexy desenvolve a proposta da ponderação como alternativa ao método da subsunção para a interpretação e aplicação do Direito.

⁸ Enfrentando a questão da diferença entre princípios e regras, Dworkin afirma que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm, de modo que, em caso de colisão, o que tiver maior peso de incidência, naquele caso concreto, sobrepor-se-á ao outro que, no entanto, não perderá a sua validade.

dimensão dos deveres de proteção decorrentes de direitos fundamentais. No terceiro momento, pelo interesse comum de proteção ambiental pelo Estado, conforme disciplinado no artigo 20a. Esses interesses não poderiam ser tratados de forma isolada, e sim conjuntamente, dentro de uma perspectiva de ponderação, na linha da concepção de Robert Alexy. Para além da fórmula da ponderação de Alexy, no entanto, a proposta de Callies é desenvolver um exercício de proporcionalidade que seja multipolar para solucionar os casos concretos que surgem quando se articula um Estado Ambiental em um Estado de Direito.

Assim, mesmo sem o reconhecimento expresso da Lei Fundamental Alemã do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, a doutrina, naquele país, expressa a proteção ambiental como condição de legitimidade do Estado de Direito. O que dizer, então, dos países nos quais as Constituições vigentes incluíram o direito ao meio ambiente saudável no rol dos direitos fundamentais? Não são poucas as vozes que o afirmam como direito fundamental. Canotilho e Moreira (1993, p. 37) dizem que o direito ao meio ambiente é um dos “novos direitos fundamentais”. Raposo (1994, p. 15) considera-o “direito da personalidade e, simultaneamente, um direito e uma garantia constitucional”. Prieur (2004, p.18) avança no sentido de dizer que a proteção do ambiente não está ligada ao *non facere* do Estado, mas, ao contrário, exige prestações positivas do Estado, em reforço aos deveres infraconstitucionais de garantia pelas autoridades públicas dos processos ecológicos essenciais. A inclusão do direito ao meio ambiente equilibrado no rol dos direitos fundamentais traz consigo avanços que vão muito além de um abstrato impacto político e moral, podendo resultar em benefícios significativos no relacionamento do ser humano com a natureza.

Conclui-se, portanto, que o meio ambiente tem sido considerado, por parte das Constituições democráticas contemporâneas, como um direito fundamental. É necessário, no entanto, avançar ainda mais, romper com a visão antropocêntrica⁹ a respeito do meio ambiente, em direção a uma nova concepção segundo a qual o meio ambiente deve ser respeitado por si próprio, por ser dotado de valor intrínseco.

Há quem defenda a proteção do ambiente como necessariamente voltada para os interesses humanos. Fiorillo (2006, p.16), por exemplo, afirma que “o direito ambiental tem uma necessária visão antropocêntrica,

⁹ Segundo Milaré (2006, p. 87), antropocêntrica é a concepção genérica, em síntese, que faz do homem o centro do universo, ou seja, a referência máxima e absoluta de valores.

porquanto o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria”. Mas vêm sendo construídas teorias alternativas a essa concepção, como é o caso do ecocentrismo (também denominado fisiocentrismo), e do biocentrismo; segundo Kässmayer (2008, p. 140) os fisiologistas buscam justificar a proteção da natureza de modo a afirmar ser ela passível de valoração própria, independentemente de interesses econômicos, estéticos ou científicos. O biocentrismo enfoca apenas os seres com vida, sejam individuais ou coletivos.

É possível citar, ainda, o personalismo ecologista, que, assim como o antropocentrismo, também considera a natureza como um valor instrumental, colocando o homem acima dos outros seres que não têm capacidade de abstração e, por consequência, não estão aptos a produzir cultura e nem exercer a liberdade, afastando-se dos instintos. A diferença entre ambos é que o personalismo vê o ser humano como guardião da natureza.

Interessante lembrar aqui a visão de Kant (2007, p. 23), no sentido de que há coisas que têm valor em si, como é o caso da boa vontade. A boa vontade não é boa por aquilo que promove; ela se constitui como alguma coisa que, em si mesma, tem o seu pleno valor, “deve ser avaliada em grau muito mais alto do que tudo o que, por seu intermédio, possa ser alcançado em proveito de qualquer inclinação, ou mesmo, se se quiser da soma de todas as inclinações”. Nessa linha de reflexão, defende-se, neste estudo, que o meio ambiente deve ser respeitado por seu valor intrínseco, e não apenas por sua utilidade para o ser humano.

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE

Na seção anterior, ficou claro que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem sido considerado, nas Constituições democráticas modernas, como um direito fundamental. E, mesmo nos casos em que ele não alcança este *status*, a exemplo da Alemanha, cuja Constituição atribuiu ao Estado o dever de proteger o meio ambiente em vez de instituir um direito fundamental ao ambiente, tal dever do Estado estaria fortalecido a ponto de ser colocado em igual força em relação aos direitos fundamentais na perspectiva subjetiva individual. Mas, nesse novo momento, em que o direito ao ambiente exsurge como direito fundamental, o direito de propriedade continuaria a ser um direito fundamental?

Rodotá (1990, p. 12) destaca a necessidade de superação do direito de propriedade como “um direito terrível”, aquele exercido pelo

proprietário contra todos os demais membros da sociedade, *erga omnes* no sentido mais literal e negativo do termo, com frequência associado à concentração de riquezas e à exclusão social. O desenvolvimento histórico dos direitos humanos implica uma releitura desse direito de propriedade, em consonância com a visão de Bobbio (1992, p. 4), no sentido de que “a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos”, por meio das quais se vai afirmando o direito de resistência à opressão, ou seja, o direito do indivíduo a não ser oprimido e a gozar de algumas liberdades fundamentais. Entre estas liberdades fundamentais, encontra-se o direito de propriedade, intrinsecamente ligado ao direito à liberdade, um direito à não intervenção estatal.

Nessa passagem, verifica-se como a questão do direito à liberdade continua presente e atual. Não ficou estagnada no tempo, como um direito de uma época passada. Renovou-se ao assumir um novo conteúdo, composto não mais exclusivamente pela taxativa proibição de intervenção estatal, mas também por imperativos de tutela, na linha do que defende. Sem (2000, p. 54) quando fala das “liberdades instrumentais”, que seriam aquelas que contribuem, direta ou indiretamente, para as liberdades globais que as pessoas têm para viver como desejariam. Essa metamorfose que permeia o conteúdo da liberdade foi destacada por Lira (1997, p. 107):

O conceito de liberdade se redefine ao longo do tempo. Tem seus contornos alterados em função das circunstâncias históricas, em função do desenvolvimento, contenção e liberação das forças econômicas.

Daí a variabilidade do seu conteúdo, que não se conserva o mesmo.

Ricardo Lira traz à luz a definição de André Lalande, segundo a qual a liberdade pode ser tomada em três sentidos. No sentido geral, liberdade seria “o estado de ser que não sofre constrangimento, agindo conforme a sua vontade, a sua natureza”. No sentido político e social, a liberdade traduziria a “ausência de uma constrição social imposta ao indivíduo”, que é livre para recusar tudo o que a lei não ordena e para fazer tudo o que a lei não veda. Haveria ainda um terceiro sentido, que poderia ser denominado como “psicológico ou moral”, segundo o qual a liberdade é o estado do ser que, após refletir em conhecimento de causa, se decide para o bem ou para o mal, realizando em seus atos sua verdadeira natureza. De acordo com esses sentidos, Lira (*idem*, p. 108) conclui:

Postas estas premissas, não se pode negar que a Liberdade, em qualquer de seus sentidos, e Direito à Terra se ligam como noções indissociáveis. Seja o Direito à Terra no meio rural, seja o Direito à Terra no meio urbano.

A CR/88 considerou tanto o direito de propriedade quanto a defesa do meio ambiente como princípios gerais da atividade econômica, conforme se pode verificar do disposto no art. 170, em especial nos incisos II e VI. Na opinião de Ferreira (2004, apud BENJAMIN 2010, p. 292) essa nova redação parece propor, de forma objetiva, a necessidade de que as imposições resultantes dos deveres de proteção do meio ambiente atendam ao princípio da proporcionalidade, de modo a admitir que a defesa do meio ambiente somente se realiza por meio de medidas de proteção que atendam aos objetivos de segurança ambiental, porém permitindo também o exercício da atividade econômica. Assim, as medidas de proteção, segundo essa autora, devem ser aquelas que “importem o menor grau de restrição aos demais bens ou direitos envolvidos na relação, e que se demonstrem concretamente necessárias e suficientes para a garantia de proteção esperada”.

Essa linha de raciocínio, também presente no pensamento de Callies (2001, p. 32), citado na seção anterior, conduz à conclusão de que os deveres de proteção ao meio ambiente devem ser buscados de forma a evitar o menor grau de restrição possível ao direito de propriedade. Até porque, no caso brasileiro, esse direito foi proclamado no art. 5º, XXII, da CR/88. O que se busca é a compreensão do novo conteúdo desse instituto em face da disposição contida no inciso XXIII, segundo a qual “a propriedade atenderá a sua função social”, em cotejo com o disposto no artigo 225, no sentido de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

O meio ambiente se consolida em alguns momentos enquadrado na moldura da propriedade. É nesse palco que o espetáculo da vida se realiza, sem destruí-la ou revogá-la. Assim, a grande diferença entre o passado e o presente, é que atualmente “o direito de propriedade aparece ambientalmente qualificado”, conforme afirmou Benjamin (2010, p. 90), cuja lição merece ser destacada:

A apropriação dos espaços pela intervenção humana – seja pela ocupação da terra, seja pelo parcelamento do solo e do planejamento urbano das cidades – encontra-se condicionada por finalidades e usos que devem ser protegidos.

O princípio da função social da propriedade se superpõe à autonomia privada, que

rege as relações econômicas, para proteger os interesses de toda a coletividade em torno de um direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Somente a propriedade privada que cumpra sua função social possui proteção constitucional. Por essa razão, seu descumprimento importa a imposição de uma sanção: a expropriação compulsória. Esta é suportada pelo proprietário exatamente em razão do exercício irresponsável do direito e da gestão inadequada dos recursos naturais.

Com base nessas reflexões, é possível afirmar que o direito de propriedade continua a ser um direito fundamental, porém vinculado ao dever de cumprir a função social e a função ambiental. Este condicionamento, além de constituir-se em uma obrigação do titular da propriedade, será fiscalizado e gerido pelo Estado, de modo a interferir, em menor grau possível, no direito de propriedade. Em outras palavras, a intervenção do Estado é legítima, desde que seja feita na medida necessária ao cumprimento da função social e ambiental.

O papel do Estado, nesse contexto, passa a ser o de gerenciador dos riscos, conforme apontou Giddens (1995): de um lado, deve agir para evitar o aprofundamento dos danos coletivos gerados pelo modo de vida contemporâneo (poluição, desmatamento, novas tecnologias, etc.); e, de outro, deve esforçar-se para garantir a menor interferência possível nos direitos fundamentais já consagrados.

3 FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE: SIMILITUDES E DISTINÇÕES

Nesta etapa da reflexão aqui proposta, a questão que precisa ser colocada diz respeito ao conteúdo da função social e da função ambiental da propriedade, em face do sistema estatuído pela CR/88. Seria esta espécie daquela? Ambas teriam igual significado?

A Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, foi um marco histórico na superação do paradigma individualista até então vigente. No artigo 153, estatuiu-se que “A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e os seus limites resultam de lei. A propriedade obriga e o seu uso e o seu exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”.

Essa nova feição da propriedade, vinculada a uma função no interesse social, a partir da Constituição de Weimar passou a influenciar outros ordenamentos jurídicos, como é o caso da Constituição italiana de

1948, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1934, cujo art. 113 proclamou, em seu *caput*, o direito de propriedade entre os direitos e garantias individuais, mencionando no inciso XVII:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

No Brasil, a Constituição de 1937 silenciou acerca da função social da propriedade. A Constituição de 1946, por sua vez, inseriu, no artigo 147, a propriedade entre os princípios da ordem econômica e social. Mello (1987, p. 40) afirma que o artigo 147 da Constituição Federal de 1946 não apenas prevê a desapropriação por interesse social, mas aponta para um rumo social da propriedade “ao ser prefigurada legislação que lhe assegure justa distribuição, buscando mais que a tradicional igualdade perante a lei, igualdade perante a oportunidade de acesso à propriedade”. A Constituição de 1967 inovou ao dispor, no artigo 157: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III- função social da propriedade.”

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 manteve dispositivo semelhante no artigo 160, III. Tais previsões, no entanto, embora em consonância com a melhor doutrina e com o novo paradigma da propriedade vinculada à função social, pouco se refletiram no plano fático. Talvez devido ao momento político, já que o país enfrentava o período da ditadura militar, bastante distante das aspirações democráticas em cujo contexto a função social da propriedade foi gestada em outros países.

Mas, afinal, o que é “função social”? Definir função social não é tarefa fácil. O vocábulo “função” apresenta conteúdos variáveis, tanto no uso comum quanto no jurídico. Para Modugno (1969, p. 301), o vocábulo função designaria “o cumprimento de um dever, de uma atribuição, de uma obrigação”. Gama (2008) explica que a ideia de função social como instrumento vem da própria etimologia da expressão: “em latim, a palavra *functio* é derivada do verbo *fungor* (*functus sem, fungi*) cujo significado é de cumprir algo, desempenhar um dever ou tarefa, ou seja, cumprir uma finalidade, funcionalizar”.

Segundo Comparato (1986), a ideia de função carrega em si a noção de um poder de dar destino determinado a um objeto ou a uma relação jurídica, vinculando-os a certos objetivos. Ao acrescer o adjetivo “social”, esse objetivo ultrapassaria o interesse do titular do direito, que passaria a ter um poder-dever, revelando-se como de interesse coletivo.

A doutrina vem-se dedicando ao estudo da função social, havendo já consideráveis artigos científicos e obras relevantes acerca do tema, embora ainda não se tenha pacificado um entendimento acerca de seu conteúdo preciso. Grau (1981) afirma que a expressão “função social” é atribuída por alguns a Augusto Comte, por outros, a Léon Duguit. São Basílio, São Tomás de Aquino e Rousseau, no entanto, já teriam utilizado antes essa expressão. Grau (1981) menciona que, já em 1889, Otto Von Gierke publicara um discurso em Viena intitulado *A missão social do Direito Privado*, no qual ele assinalava que “à propriedade deveriam ser impostos deveres sociais”. E no que diz respeito à função ambiental da propriedade? Após exaustiva pesquisa, foi possível constatar que pouco se produziu em termos de precisar um conteúdo para a função ambiental da propriedade.

Benjamin (2011, p. 11) afirma que “inexistem estudos sobre a função ambiental”, tanto no direito nacional quanto no alienígena, o que o leva a inserir essa função em um contexto mais amplo de esquadrinha-mento do sistema, de princípios e regimes que regem o direito ambiental, no contexto da discussão acerca de sua autonomia. Função, para Benjamin (2011, p. 23), seria “a atividade finalisticamente dirigida à tutela de interesse de outrem, caracterizando-se pela relevância global, homogeneidade de regime e manifestação através de um dever-poder”; função ambiental, por sua vez, para esse autor, trata-se de espécie do gênero função e é um fenômeno jurídico de manifestação recente, pois, embora o fenômeno ambiental seja anterior ao próprio homem, a sua percepção jurídica só começou a tomar forma nos últimos anos, como resultado das grandes transformações do processo de desenvolvimento, que se refletem também no Direito. Sant’Anna (2007, p. 156) define a função ambiental como

Conjunto de atividades que visam garantir a todos o direito constitucional de desfrutar um meio ambiente equilibrado e sustentável, na busca da sadia e satisfatória qualidade de vida, para a presente e futuras gerações.

A Constituição da Colômbia, a partir do Acto Legislativo 01, de 1999, disse expressamente, no art. 58, que “A propriedade é uma fun-

ção social que implica obrigações. Como tal, lhe é inerente uma função ecológica”¹⁰. Dessa forma, evidenciou-se que a função social é gênero, do qual a função ambiental é espécie.

No caso brasileiro, no entanto, a Constituição que está em vigor desde 1988 proclamou o direito de propriedade no art. 5º, XXII, e no inciso XXIII, e estabeleceu que “a propriedade atenderá a sua função social”, dentro do Título II, que trata “dos direitos e garantias fundamentais”. A função ambiental, por sua vez, seria corolário do disposto no art. 225, cujo *caput* determinou que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, disciplinando, no § 1º, as incumbências do poder público para assegurar a efetividade desse direito, entre as quais aquela prevista no inciso III, no sentido de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por meio de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Assim, não está claro, no texto da Constituição brasileira, ao contrário do que ocorre com a Constituição da Colômbia, se função social é gênero, e função ambiental, espécie. Segundo Ayala (2010), 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. Em decorrência disso, 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). Ayala alerta, no entanto, para a observação de que “essas funções nem sempre se impõe de forma simultânea”.

Com efeito, há situações em que a função social e a função ambiental da propriedade entram em rota de colisão. No caso das desapropriações para fins de reforma agrária, por exemplo, há estudos demonstrando que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA - está “gerando assentamentos que, muitas vezes, representam um passivo social,

10 O texto integral do referido artigo 58 diz o seguinte: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”.

econômico e ambiental”, conforme afirmou Flávia Camargo de Araújo (2006, p. 16) na dissertação de Mestrado em Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília - UnB “Reforma Agrária e Gestão Ambiental: Encontros e Desencontros”¹¹; isso devido à inobservância de critérios ambientais como indicadores de produtividade. Neste caso, a expressão “socioambiental” da propriedade cai por terra, pois o meio ambiente é sacrificado para privilegiar o assentamento de famílias de forma desordenada e inadequada.

É possível, portanto, afirmar que função ambiental e função social são distintas. Esta diz respeito ao uso da propriedade no interesse social. Aquela, ao uso da propriedade no interesse ambiental. Ora, se proteger o meio ambiente interessa a toda a sociedade, poder-se-ia concluir que a função ambiental é também uma função social. Então, novamente emerge o seguinte questionamento: seria a função ambiental espécie do gênero função social? Esta pergunta será respondida na próxima seção, à luz do método indutivo-dedutivo proposto por Aristóteles.

4 A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE À LUZ DO MÉTODO INDUTIVO-DEDUTIVO DE ARISTÓTELES: UMA PROPOSTA CONCEITUAL

Segundo Ferreira (1986, p. 844), a palavra “gênero” vem do latim *genus, eris*, e significa “classe cuja extensão se divide em outras classes, as quais, em relação à primeira, são chamadas de espécies”. Por extensão, gênero seria também o “conjunto de espécies que apresentam certo número de caracteres comuns convencionalmente estabelecidos”¹². No aspecto jurídico, a função ambiental, muitas vezes, é vista como uma “especialidade”, um aspecto específico dentro da função social. E foi nessa direção que

11 Segundo informações contidas no *site* oficial do INCRA, “a inclusão da variável ambiental no âmbito das ações de criação e promoção do desenvolvimento sustentável dos assentamentos da reforma agrária indica mudança significativa na forma de atuação Inca. Os elementos orientadores dessa política são o respeito às diversidades ambientais, a promoção da exploração racional e sustentável dos recursos naturais e a utilização do sistema de licenciamento como instrumento de gestão ambiental dos assentamentos”. Os procedimentos foram definidos pela Resolução n. 289/2001, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama -, que estabelece diretrizes para o licenciamento ambiental de projetos de assentamento, visando ao desenvolvimento sustentável e à melhoria contínua na qualidade de vida dos assentados. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/meioambiente>>. Acesso em: 8 maio 2016.

12 A palavra “gênero” possui diferentes significados. Na caracterização das categorias de textos literários, o gênero se caracteriza por exercer uma função sociocomunicativa específica. Essas nem sempre são fáceis de explicitar. A espécie se define e se caracteriza apenas “por aspectos formais de estrutura (inclusive superestrutura) e da superfície linguística e/ou por aspectos de conteúdo”. (TRAVÁGLIA, 2001, p. 5).

se posicionou o Pleno do Supremo Tribunal Federal - STF - no julgamento da ADIn 2213-DF, publicado no DJU DE 23/4/2004, da qual foi Relator o Ministro Celso de Mello, conforme se depreende da seguinte passagem:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele pesa grave hipoteca social, a significar que descumprida a função social que lhe é inerente (art. 5º., XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República.

O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.

Em que pese essa decisão do STF, no entanto, é preciso clarificar se a preservação do meio ambiente é apenas isso: objeto da função social ou, em outras palavras, se consiste em elemento de realização da função social da propriedade. Para investigar a natureza jurídica da função ambiental da propriedade, faz-se necessária a eleição de um método. Nesta etapa da pesquisa, foi utilizado o método científico proposto por Aristóteles e que ficou conhecido como indutivo-dedutivo, segundo o qual a investigação científica tem início a partir do conhecimento de que certos acontecimentos ocorrem ou que certas propriedades coexistem. Através do processo de “indução”, tais observações levariam a um princípio explicativo. Uma vez estabelecido, esse princípio poderia levar, por dedução, de volta às observações particulares de onde se partiu ou a outras afirmações a respeito dos acontecimentos ou propriedades. Há assim, na explicação científica, um processo de “vai-e-vem”, partindo do fato, ascendendo para os princípios explicativos, e descendendo novamente para o fato.

Tomando-se por base uma situação fática na qual a necessidade de reforma agrária coloca em rota de colisão o interesse no assentamento de famílias “sem-terra”, de um lado, e de outro a necessidade de proteção ambiental de áreas ambientalmente sensíveis, como é o caso do Pantanal¹³, à luz do método aristotélico, poderia ser formulada a seguinte proposição:

13 O Pantanal, a maior planície inundável do mundo, com mais de 110.000 km², reúne um mosaico de diferentes ambientes e abriga rica biota terrestre e aquática. O frágil equilíbrio dos ecossistemas pantaneiros, definidos por dinâmicas de inundações periódicas, está sendo ameaçado pelas novas tendências de desenvolvimento econômico. Os modelos tradicionais de pesca e de pecuária estão sendo rapidamente substituídos pela exploração intensiva, acompanhada de desmatamentos e de alteração de áreas naturais (BRASIL. Ministério do Meio Ambiente, 2002).

A propriedade que cumpre a função social cumpre também a função ambiental
A propriedade “x” cumpre a função ambiental
Logo, a propriedade “x” cumpre a função social

Essa afirmação apresenta-se como verdadeira, até porque, se a propriedade “x” cumprir a função ambiental, ainda que nela não esteja sendo desenvolvida nenhuma atividade produtiva do ponto de vista econômico, ela estará cumprindo a função de preservar o meio ambiente, que é uma função que interessa, em última análise, a toda a sociedade.

As primeiras duas afirmações são chamadas de “premissas” de inferência, e a terceira é chamada de conclusão. Esse tipo de raciocínio é chamado de dedutivo porque tem a seguinte característica: se as premissas forem verdadeiras, então a conclusão também o será. Avançando na aplicação do método indutivo, poder-se-ia formular de outro modo a proposição acima, com a inversão das premissas, do seguinte modo:

A propriedade que cumpre a função ambiental cumpre também a função social
A propriedade “x” cumpre a função social
Logo, a propriedade “x” cumpre a função ambiental

Essa segunda proposição também parece verdadeira. Porém, **há propriedades que cumprem a função social, mas não cumprem a função ambiental.** Enquadra-se nesse modelo o assentamento de famílias “sem terra”, sem levar em conta as áreas de preservação permanente e a reserva legal, ou em áreas ambientalmente frágeis, como é o caso do Pantanal.

De outro lado, **há propriedades que cumprem a função ambiental, mas não cumprem a função social.** Entre tais hipóteses, é possível citar o Mandado de Segurança MS 22164/SP, impetrado por um proprietário de terras localizadas no Pantanal sul-mato-grossense contra a União, inconformado com a desapropriação de seu imóvel rural para fins de reforma agrária. No *mandamus*, o impetrante alegou não ter cultivado a área porque essa se localiza no Pantanal mato-grossense, definido no artigo 225, § 4º, da CR/88 como patrimônio nacional, razão pela qual a função ambiental dessa propriedade estaria sendo atendida quando mantida em seu estado natural, sendo de interesse da coletividade a preservação intacta do local.

Esse argumento não foi acolhido pelo relator ministro Celso de Mello, pelo entendimento de que o dispositivo constitucional não atua como impedimento jurídico à efetivação, pela própria União, de atividade expropriatória por interesse social, visando à execução de projetos que respeitem a preservação ambiental. Destacou o relator que o art. 186, II, da CR/88 consiste na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente, “sob pena de, em descumprindo esses encargos, sofrer a desapropriação-sanção a que se refere o artigo 184 da Lei Fundamental”.

A decisão do STF foi no sentido de que caberia a esse proprietário realizar estudos técnicos (às suas expensas) para definir atividades que possibilitassem a utilização dos recursos naturais disponíveis, de modo a respeitar o meio ambiente¹⁴. Tal linha de entendimento pressupõe uma visão desenvolvimentista, segundo a qual a função social da propriedade (no aspecto voltado à utilidade econômica, como é o caso da produção de alimentos) sobrepor-se-ia à função ambiental. Ora, é evidente que, do ponto de vista da preservação ambiental, o não desenvolvimento de atividades econômicas numa área tão sensível quanto o Pantanal mato-grossense melhor atende aos interesses ambientais. Pode não atender ao interesse social relativo à produção de alimentos e aos beneficiários diretos dos empreendimentos a serem instalados naquela propriedade rural, apontados a partir dos tais “estudos técnicos” recomendados pelo STF: os consumidores de produtos alimentícios e/ou serviços (como é o caso dos turistas de empreendimentos “ecológicos”), os empregados de tais empreendimentos, a população do entorno beneficiada com a geração de tributos, etc. Esses os argumentos mais comuns quando se defende o empreendedorismo econômico das propriedades rurais localizadas no Pantanal contra o interesse de preservação ambiental.

Forçoso é reconhecer que, no MS 22164/SP, o argumento da defesa estava correto: aquela propriedade, ao não abrigar atividades econômicas, atendia à função ambiental. O STF relevou esse argumento como se exprimisse mero exercício de retórica. Antes assim fosse. Mas, na verdade, o litígio olvidava o embate entre função social e função ambiental da propriedade privada, ainda não enfrentado pelo STF.

¹⁴ Tal entendimento se justificaria pelo princípio do poluidor pagador, que segundo Fiorillo (2006, p. 28) significa que as pessoas naturais ou jurídicas devem pagar os custos das medidas que sejam necessárias para a eliminação da contaminação ou para reduzi-la ao limite fixado pelos padrões ou medidas equivalentes que assegurem a qualidade de vida.

O exemplo prático ora analisado derruba a proposição formulada à luz do método Aristotélico: “a propriedade que cumpre a função ambiental cumpre também a função social”, visto que, ali, a propriedade cumpria a função ambiental, mas não cumpria a função social. Aliás, conforme a bem lançada crítica de POPPER (2016, p. 1-16), que criticou o método Aristotélico afirmando que as tentativas de justificar a ciência em termos lógicos, fazendo-se referência à indução, levam inevitavelmente ao fracasso. Popper destacou que os cientistas não trabalham apenas acumulando observações sobre um dado fenômeno e depois derivando generalizações delas. Eles também formulam hipóteses sobre a natureza do mundo, o que nem sempre ocorre a partir de generalizações indutivas. E então devem sujeitar tais hipóteses a testes rigorosos, não na tentativa de provar uma teoria particular (uma forma de indução), mas sim de refutar essa teoria.

A prova de algo, de acordo com Popper, é uma coisa logicamente impossível. Um único contraexemplo é suficiente para refutar uma generalização, enquanto que a prova iria exigir a tarefa impossível de documentar cada instância do fenômeno em questão. Em outras palavras, os experimentos devem ser desenhados para falsificar ou refutar a hipótese sob teste, e não para demonstrar a sua verdade. Esse procedimento, segundo Popper, rompe o ciclo vicioso do problema da indução. Ao contrário de ser o vilão da ciência, o contraexemplo é precisamente aquilo que o cientista deve procurar: ele é a própria marca registrada da ciência. Assim, para que as proposições acima formuladas sejam verdadeiras, é necessário que não seja possível formular o “contraexemplo”. Os contraexemplos apresentados refutam a conclusão de que a propriedade que cumpre a função ambiental cumpre também a função social.

Tomando-se por base o método proposto por Aristóteles e levando-se em conta as observações de Popper, partindo-se do fato para os princípios explicativos, e descendo-se novamente para o fato, conclui-se que a função ambiental, no plano fático, não se confunde com a função social e, igualmente, no plano teórico, confirma-se que se está diante de categorias distintas.

Com efeito, nem sempre o exercício da função social ou o “uso racional” da propriedade é melhor para o meio ambiente. Há situações em que “não usá-la” pode melhor atender ao interesse ambiental.

CONCLUSÃO

Para esmiuçar o conteúdo da expressão “função ambiental”, a pesquisa desenvolvida no âmbito deste artigo ocupou-se do exercício metodológico indutivo-dedutivo proposto por Aristóteles, levando em conta, ainda, o contraponto ao método aristotélico formulado por Popper. Desse exercício intelectual resultou a conclusão de que função social e função ambiental da propriedade, embora tenham uma base comum, têm conteúdos distintos: esta voltada para a proteção e defesa do meio ambiente, aquela para a geração de recursos (emprego e renda) e produção de alimentos.

Com efeito, enquanto a função social preocupa-se com as condições sociais e econômicas da pessoa humana e da coletividade, a função ambiental está voltada à proteção do meio ambiente. Ambas são importantes e imprescindíveis, constituindo-se em ideais a serem construídos e alcançados pelo poder público e por toda a coletividade, a partir da ação dos governos, das organizações da sociedade civil e de cada indivíduo.

Não se pode concordar, portanto, com a visão defendida de forma corriqueira pela doutrina e contida em algumas decisões do STF, acima analisadas, no sentido de que a função social é gênero do qual a função ambiental é espécie. Neste artigo foram apresentados alguns contraexemplos a esta afirmativa, evidenciando-se que há inúmeras situações fáticas nas quais o interesse ambiental entrará em choque com o interesse social. Nessas hipóteses, função social e função ambiental apresentar-se-ão com conteúdos distintos, revelando que a função ambiental implica o direcionamento do exercício do direito de propriedade voltado à conservação do meio ambiente como objetivo primeiro.

Assim, a utilização da expressão “função socioambiental da propriedade” nem sempre estará correta, podendo ser aplicada apenas nas hipóteses em que o interesse social e o ambiental coincidam. Há situações em que tais interesses estarão em confronto; daí porque, sob o aspecto conceitual, melhor será compreender a “função ambiental da propriedade” como desempenho ou cumprimento da finalidade de conservação do meio ambiente como categoria que carrega valor em si próprio, independentemente de deveres outros ligados aos interesses humanos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Flávia Camargo de. *Reforma Agrária e Gestão Ambiental: Encontros e Desencontros*. 2006. 242 f., il. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável) Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/2541>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

ARISTÓTELES (c. 350 a.C.), *Analíticos Posteriores*. In: Órganon. Trad. E. Bini, Edipro. São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/df/opessoa/TCFC1-07-Aristoteles.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

AYALA, Patryck de Araújo. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENJAMIN, Antonio Hermann de Vasconcelos. *Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente*. Postado em: 16 março 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reflexoes-sobre-hipertrofia-do-direito-de-propriedade-na-tutela-da-reserva-legal-e-das-area>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/meioambiente>> Acesso em: 8 maio 2016.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). *Resolução n. 289/2001*.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. *Avaliação e identificação de áreas e ações prioritárias para a conservação, utilização sustentável e repartição dos benefícios da biodiversidade nos biomas brasileiros*. Brasília: MMA/SBF, 2002. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/Bio5.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento da ADIn 2213-DF*, publicado no DJU de 23.04.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>. Acesso em: 22 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento do Mandado de Segurança MS 22164 / SP*, publicado no DJU de 17-11-1995. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745049/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp>>. Acesso em: 20 out. 2016.

CALLIESS, Christian. *Rechtsstaat und Umweltstaat: Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsverhältnisse*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. São Paulo: Almedina, 2009.

COLOMBIA, *Constitucion*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

COMPARATO, Fabio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 63. 1986.

DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José de. *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1988.

DEUTSCHLAND, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Livraria Martins, 2002.

ESPAÑA, *Constitución*. Viernes 29 de diciembre de 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1986.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social no direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GIDDENS, Anthony. Risk and responsibility. *Modern Law Review*, v. 62, n. 1, jan. 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, [s/d], 2007. Disponível em: <<https://professordemarfilosofia.files.wordpress.com/2012/02/kante-fundamentacaodametafisicadoscostumes-trad-pauloquintela-edicoes70-120p.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

KÄSSMAYER, Karin. *Apontamentos sobre a ética ambiental como fundamento do direito ambiental*. EOS: Revista jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco, Curitiba, v. 1, n. 4, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.dombosco.com.br/faculdade/revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2016.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro:

Renovar, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade no Direito Público. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 84, out./dez. 1987.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 4. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MODUGNO, Franco. Funzione. In: *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, v. 18, 1969.

NIÑO, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel S. A., 1994.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

POPPER, Karl. Aristotele the roots of hecelianism. *The Open Society And Its Enemies*. London, v. II, 1945. George Routledge And Sons Limited. Disponível em: <<https://archive.org/stream/opensocietyandit033064mbp#page/n15/mode/2up>>. Acesso em: 20 out. 2016.

RAPOSO, Mário. O direito ao ambiente como direito fundamental. In: *Centro de Estudos Judiciários, Textos, Ambiente*, Lisboa, 1994.

RETORTILLO, Lorenzo Martín. Regimen constitucional de los derechos fundamentales in *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Civitas, 1988.

RODOTÁ, Stefano. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privada*. Bolonha: Il Mulino, 1990.

SANT'ANNA, Mariana Senna. Planejamento urbano e qualidade de vida: da Constituição Federal ao Plano Diretor. In: DALLARI, Adilson de Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coord.). *Direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito constitucional ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SEM, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TRAVÁGLIA, Luiz Carlos. Da distinção entre tipos, gêneros e subtipos de textos. *Estudos lingüísticos*, São Paulo, v. 30, p. 1-6. (CD-ROM)

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, v. I, 2003.

Artigo recebido em: 25/01/2017.

Artigo aceito em: 09/05/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

ARAÚJO, Giselle Marques de. Função Ambiental da Propriedade: uma proposta conceitual. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 251-276, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/985>>. Acesso em: dia mês. ano.

POLÍTICAS PÚBLICAS E COOPERAÇÃO SOCIAL EM JOHN RAWLS

Cleide Calgaro

Pós-Doutora em Filosofia e em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).
Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).
Doutoranda em Filosofia pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).
Mestra em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul (UCS).
Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu e da Graduação em Direito da
Universidade de Caxias do Sul (PUC/RS).
Email: ccalgaro1@hotmail.com

Agostinho Oli Koppe Pereira

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).
Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu e da Graduação
em Direito da Universidade de Caxias do Sul (PUC/RS).
Email: agostinho.koppe@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho discute a necessidade de políticas públicas locais para minimizar os problemas socioambientais causados pelo descarte impróprio de bens e produtos e, ao mesmo tempo, pretende verificar como essa inadequação fragiliza o contexto socioambiental; como segunda meta, pretende-se, após o estudo das necessidades, buscar as melhores políticas públicas para a diminuição dos problemas socioambientais e como seria possível reduzir a vulnerabilidade existente nos espaços locais por intermédio da cooperação social, ideia proposta por John Rawls. O método utilizado para fazer a análise deste estudo será o analítico, tendo como objetivo averiguar como se pode chegar a uma solução para a problemática salientada.

Palavras-chave: política pública local; cooperação social; John Rawls; meio ambiente; vulnerabilidade socioambiental;

*PUBLIC POLICIES AND SOCIAL
COOPERATION IN JOHN RAWLS*

ABSTRACT

In this paper it is discussed the need for local public policies to minimize the socio-environmental problems caused by the disposal of goods and products in environment and, at the same time, it aims to verify how this practice influences on socio-environmental vulnerability; as the second goal it is intended to seek the best public policies for the reduction of socio-environmental problems and see how it would be possible to reduce the vulnerability that exists in local areas through social cooperation proposed by John Rawls. The method used to make the analysis will be the analytical, aiming to know how it is possible to reach a solution to the problems highlighted.

Keywords: *local public policy; social cooperation; John Rawls; Environment; socio-environmental vulnerability.*

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, pretende-se analisar o problema ambiental e a vulnerabilidade socioambiental em que se encontram as sociedades modernas. Partindo dessa constatação, cogita-se se são possíveis políticas públicas locais, pautadas na ideia do princípio da subsidiariedade, uma forma de cooperação social trazida pelo autor John Rawls. Em sua Teoria da Justiça como Equidade, esse autor defende que as pessoas, por meio de um consenso sobreposto, podem chegar à ideia de cooperação em uma sociedade democrática.

Para tal, analisam-se, primeiramente, as questões ambientais e o problema da vulnerabilidade socioambiental, para, posteriormente, estudar a Teoria da Justiça de John Rawls, no que se refere à ideia da cooperação social entre pessoas livres e iguais e como aplicá-la para resolver a questão proposta.

Em um momento posterior, pesquisa-se a aplicação da subsidiariedade no espaço local e, por fim, como se aplicam as políticas públicas locais para atingir uma cooperação social, proposta por Rawls, para minimizar os problemas advindos dos impactos ambientais que geram a vulnerabilidade socioambiental. Como elemento fundamental, tratar-se-á do estudo da vulnerabilidade socioambiental e de políticas públicas para resolver a problemática na esfera local. Pretende-se efetuar análise sobre a cooperação social vista na Teoria da Justiça de John Rawls, a legislação pertinente e as políticas públicas locais implementadas e/ou necessárias para a solução dos problemas e alcance das metas traçadas. Para tanto, o método utilizado será o analítico.

1 MEIO AMBIENTE, RISCO E VULNERABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

Na atualidade, os riscos socioambientais constituem um forte objeto de debates, haja vista que o aumento do número de ocorrências e da intensidade de eventos extremos de diversas ordens, seja ambiental, seja mesmo social provocam diversas discussões de como se pode minimizá-los e mesmo resolvê-los no contexto social vigente. A proteção do meio ambiente não se refere apenas à conservação, mas à coordenação e à racionalização do uso dos recursos, com a finalidade de preservar o futuro do

homem e do planeta, não somente para as futuras gerações, mas também às presentes. Na visão de Nalini, o cidadão pode agir sozinho, denunciando os problemas existentes, manifestando-se por intermédio da mídia, das redes sociais entre outros meios. Para esse autor:

O cidadão pode agir sozinho, denunciando às autoridades, requerendo providências ao governo, acionando os organismos estatais ou, simplesmente, manifestando seu inconformismo perante a mídia. O cidadão não avalia o peso de uma “carta ao leitor”, de um e-mail endereçado ao governante, de um abaixo-assinado contra uma violação ambiental. (NALINI, 2001, p. 303).

Percebe-se, no entanto, que o ser humano é complexo, visto que sabe há muito tempo dos problemas e riscos ambientais e, mesmo assim, continua persistindo em erros que vão degradar o meio ambiente e gerar a vulnerabilidade social de muitos outros. Na óptica de Giddens (2004, p. 666): “o comportamento humano é complicado e multifacetado e é muito pouco provável que uma perspectiva teórica possa cobrir todas as características”. É essa diversidade de pensamento que estimula o progresso da sociedade e de seu futuro. Giddens (1995, p. 42) afirma:

Uma pessoa que arrisca algo corteja o perigo [...] qualquer um que assume um ‘risco calculado’ está consciente da ameaça ou ameaças que uma linha de ação específica pode por em jogo. Os riscos são aqueles perigos que decorrem de nossas ações. Toda ação implica decisão, escolha e aposta. Em toda aposta, há riscos e incertezas. Tão logo agimos, nossas ações começam a escapar de suas intenções; elas entram num universo de interações e o meio se apossa delas, contrariando, muitas vezes, intenção inicial.

No limiar do século XXI, Habermas previu que o futuro aparentava ser negativo para os atores sociais, pois em sua óptica:

Desenha o panorama aterrador da ameaça mundial aos interesses da vida em geral: a espiral armamentista, difusão incontrolada de armas nucleares, o empobrecimento estrutural dos países em desenvolvimento, o desemprego e os desequilíbrios sociais crescentes nos países desenvolvidos, problemas com o meio ambiente sobrecarregado, altas tecnologias operadas às raiais da catástrofe, dão as palavras-chave que invadiram a consciência pública através dos meios de comunicação em massa. As respostas dos intelectuais refletem uma perplexidade não menor do que a dos políticos. Não é de

forma alguma apenas realismo se uma perplexidade aceita temerariamente coloca-se cada vez mais no lugar de buscas de orientação que apontem para o futuro. A situação pode estar objetivamente ininteligível. Contudo essa imperspicuidade é também uma função da presteza de ação de que uma sociedade se julga capaz. Trata-se da confiança da cultura ocidental em si mesma. (1987, p.104).

De acordo com essa ideia, podem-se observar diversos problemas advindos do impacto ambiental no planeta como enchentes, terremotos, destruição que geram não somente prejuízos à natureza, mas ao próprio contexto social, porque essas populações atingidas passam por situação de miséria e fome, de degradação tanto social, ambiental quanto econômica. Desse modo, os países desenvolvem-se em uma cultura de dominação e alienação política, econômica, social e mesmo cultural, por meio de todas as relações que envolvem um ser humano, sejam elas laços familiares, profissionais, educacionais, religiosas, culturais, políticos e mesmo jurídicos, sendo que alguns são moldados sob forma e caminho muitas vezes não corretos. A modernidade, o capitalismo e a globalização vieram como justificativa de concentração de poder, assim, trazendo uma carência de valores morais entre os seres humanos, principalmente nas questões referentes à igualdade, à liberdade, ao consumo e ao meio ambiente. Para Giddens,

a modernidade, como qualquer um que vive no final do século XX pode ver, é um fenômeno de dois gumes. O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno. Mas a modernidade tem também um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual. (1991, p. 12-13).

Desse modo, a globalização é um processo aberto e intrinsecamente contraditório, as suas reais implicações são incomensuráveis e imprevisíveis, não se sabe o futuro da sociedade, do planeta, do ser humano. A lógica contraditória da globalização traz o benefício de se ter a possibilidade de consumir uma diversidade muito grande de produtos e serviços, de ter acesso às tecnologias, as maravilhas da modernidade; porém, em contrapartida, gera a incerteza do descarte desses produtos e de como preservar o planeta. Ao mesmo tempo, gera para algumas pessoas a impossibilidade de aquisição e de possuir o mínimo social para a sua dignidade humana, trazendo, assim, a vulnerabilidade social e mesmo ambiental para

uma parcela da população.

Outro modo de pensar essa dinâmica é em termos de risco, pois muitas são as mudanças acarretadas pela globalização, resultando em novas formas de risco, bem diversas daquelas anteriormente vistas. Ao contrário dos problemas ocorridos no pretérito, que possuíam causas estabelecidas, e até efeitos conhecidos, os riscos atuais são incalculáveis e de implicações indeterminadas (GIDDENS, 2004, p. 65).

No mundo dito globalizado e moderno, existem riscos de todas as espécies, como ecológicos, consumeristas, sociais, etc., que ameaçam o ser humano de diversas formas, levantando a necessidade de essa sociedade dita globalizada pensar em como minimizá-los, visto que resolvê-los está longe de acontecer. A sociedade de risco é algo inerente à modernidade e à globalização, e o ser humano deve conviver com essas transformações, que passam a ser o novo estágio, em que o progresso pode se transformar em máquina de autodestruição ou de salvação para a humanidade.

Pode-se afirmar, portanto, que há o triunfo do capitalismo neoliberal que acabou assumindo uma nova face por meio da globalização e da modernidade, uma vez que ocorre uma planificação e uma massificação das culturas vigentes nos países, ou seja, começa a surgir um acultramento local sendo substituído por uma cultura global e planificada, onde os seres humanos acabam perdendo sua identidade e sujeitam-se ao adestramento cultural, social, ambiental, econômico e, deste modo, levando alguns a não poderem ter acesso a isso, o que gera a vulnerabilidade socioambiental.

A vulnerabilidade pode ser tratada em várias escalas, sejam individuais sejam coletivas; logo, os estudos acerca das vulnerabilidades envolvem o meio ambiente e a sociedade, sendo que sua análise perpassa pela compreensão das duas dimensões citadas, em diferentes momentos. Destarte, a vulnerabilidade embasa uma série de políticas públicas voltadas aos setores que são considerados mais problemáticos na sociedade, ou seja, no caso de cidadãos que estão em situação de carência social, caracterizando-se como em vulnerabilidade social. No campo da geografia, a vulnerabilidade está associada a fatores ambientais e à avaliação do risco, sendo esta a face da vulnerabilidade ambiental. Assim, ao integrar as duas dimensões – social e ambiental –, tem-se a vulnerabilidade socioambiental que se justifica pelo fato de que a vulnerabilidade aos riscos ambientais depende de fatores econômicos, sociais, tecnológicos e culturais e a relação deles com o meio ambiente, desenvolvendo uma dinâmica social e ambiental. Nesse sentido, Giddens (2004) afirma que essas mudanças em

curso abarcam praticamente todos os aspectos do mundo social e natural; porém, em virtude de ser um processo em aberto e paradoxal, as verdadeiras implicações são difíceis de ser previstas e controladas.

Assim, a vulnerabilidade social apresenta-se em várias esferas locais em virtude da intensa segregação que leva as comunidades com baixa renda a habitarem as periferias das cidades, sem uma infraestrutura adequada, levando os riscos de danos ambientais aumentarem devido a eventos externos, como a carência de recursos, ou seja, com carência do mínimo existencial e mesmo da dignidade como seres humanos. Nesse contorno, é possível se criar uma política pública voltada ao espaço local para minimizar os problemas advindos das questões ambientais e sociais que ocasionam a vulnerabilidade das populações menos favorecidas econômica e socialmente. A sociedade moderna está pautada na desigualdade social e em muitos problemas ambientais advindos do consumo exacerbado que leva a uma vulnerabilidade das populações.

Desse modo, a vulnerabilidade social pode ser entendida como a capacidade de captar certas situações de riscos localizadas entre as situações extremas de exclusão e inclusão, fazendo com que se possa estudar a desigualdade, a partir da identificação dessas zonas, confrontando-as com a estrutura social vigente no país. Neste trabalho, portanto, entende-se a vulnerabilidade como uma condição de risco que as pessoas vão estar, além do conjunto de situações que levam a essa situação, como a exclusão, a pobreza, a desigualdade e a crise ambiental.

Conforme o RDH2014, “a vulnerabilidade ameaça o desenvolvimento humano – e, a menos que seja abordada de forma sistemática, mediante a alteração das políticas e normas sociais, o progresso não será nem equitativo nem sustentável”. (RDH2014, 2014, p.10). Existe, porém, a necessidade de combater a vulnerabilidade, principalmente dos grupos sociais mais marginalizados e carentes, reduzindo as desigualdades em todas as dimensões do desenvolvimento humano, permitindo que esses seres humanos possam ter a sua dignidade e respeito garantidos perante uma sociedade globalizada e moderna. Para se reduzirem as desigualdades e a vulnerabilidade social, uma das alternativas seriam políticas públicas sociais no âmbito local, além da cooperação social das populações, dos governos, ou seja, de todos os que compõem a sociedade. A vulnerabilidade estrutural e a insegurança pessoal são fontes que “determinantes de privação persistente – e devem ser consideradas para se garantir o desenvolvimento humano e a sustentabilidade do progresso”. (RDH2014, 2014,

p.11). Portanto, os vulneráveis são as pessoas carentes, que não têm o mínimo existencial e que vivem na pobreza enfrentando riscos elevados. De acordo com o RDH2014:

Qualquer pessoa carente do essencial para viver uma vida minimamente aceitável é verdadeiramente vulnerável. Quase 2,2 mil milhões de pessoas são vulneráveis à pobreza multidimensional, incluindo 1,5 mil milhões que são multidimensionalmente pobres. Três quartos dos pobres do mundo vivem em zonas rurais, onde os trabalhadores agrícolas sofrem a maior incidência de pobreza, presos na armadilha da fraca produtividade, do desemprego sazonal e dos baixos salários. Em termos globais, 1,2 mil milhões de pessoas (22 por cento) vivem com menos de 1,25 dólares por dia. Se elevarmos a linha de pobreza para 2,50 dólares por dia, a taxa de pobreza mundial aumenta para cerca de 50 por cento, ou seja, para 2,7 mil milhões de pessoas. Ao deslocar a linha de pobreza desta forma, passa a estar incluído um grande número de pessoas potencialmente vulneráveis à pobreza e às dificuldades. (RDH2014, 2014, p.19-20)

O RDH2014 demonstra que a vulnerabilidade não vai afetar somente os indivíduos carentes, mas também as comunidades e os países, sendo necessário que os governantes tenham ciência da questão e tomem uma atitude para regular, controlar e resolver o problema que se instaura nas sociedades. De acordo com dados do RDH2014:

Alguns países sofrem mais, com choques mais significativos (económicos, ambientais e políticos) do que outros. Alguns países são mais resilientes do que outros — apresentando maior capacidade para manter o seu nível de desenvolvimento humano face a esses choques. À semelhança do que acontece com os indivíduos, os países pobres são geralmente mais vulneráveis do que os ricos, sofrem choques maiores e são menos resilientes. Em comparação com as populações dos países ricos, as dos países pobres tendem a ser mais vulneráveis, a possuir menos competências sociais e a ter governos com recursos mais limitados para as proteger das adversidades. Os governos podem estar cientes destas questões, mas os mercados não, são cegos. É certo que o funcionamento dos mercados pode reduzir a vulnerabilidade— aumentando a produção, o crescimento económico e os rendimentos—mas pode também claramente exacerbar as vulnerabilidades, negligenciando os bens públicos e a insegurança humana na sua procura pela eficiência e o lucro. Por conseguinte, é preciso que os mercados sejam regulados, e a sua ação complementada, caso se pretenda reduzir a vulnerabilidade. Os bens públicos podem levar a um melhor

funcionamento do mercado e proporcionar resultados mais sustentáveis, a níveis nacional e global. Por conseguinte, é preciso que os governos e as instituições sociais regulem, controlem e complementem a ação do mercado. (RDH2014, 2014, p.26)

Desse modo, é importante que a sociedade globalizada e moderna, que gera uma série de riscos ambientais e sociais, busque uma solução ou uma forma de minimizar os problemas que se instauram a partir da pobreza na sociedade moderna de consumo capitalista. Essa solução vai permitir que as pessoas possam ter o mínimo de dignidade e de direitos dentro de uma sociedade pautada na ideia de liberdade e igualdade, em que o ser humano tem de ser respeitado, junto com a natureza. Outro cuidado que se deve ter é não tornar essas questões, seja a preservação ambiental sejam as políticas públicas sociais locais como uma forma de promoção ou comércio no mundo capitalista, pois é sabido que a ideia de consumo está arraigada na sociedade globalizada moderna capitalista e, para reduzir os impactos ambientais, necessita-se de atitudes e não somente propostas. Na ótica de Lipovestsky, o mundo do consumo acaba se imiscuindo na vida e nas relações das pessoas. Desse modo:

Todos os dias parecem que o mundo do consumo se imiscui em nossas vidas e modifica nossas relações com os objetos e com os seres, sem que, apesar disso e das críticas que se formulam a respeito dele, consiga-se propor um contramodelo crível. E, para além da postura crítica, seriam raros aqueles que desejariam mesmo abolí-lo em definitivo. (LIPOVESTSKY, 2004, p.33).

Observa-se que o desenvolvimento humano não pode acontecer em detrimento das gerações futuras, pois a missão da sociedade presente é deixar um meio ambiente saudável para essas gerações e não um legado de destruição gerado pelo consumo exagerado e pela futilidade imposta por uma modernidade capitalista que adentra o ser humano a seu modo.

Na atualidade, o adestramento trazido pelo capitalismo, pela modernidade e pela globalização, faz a sociedade girar em um ciclo de produção e reprodução de desigualdades e de vulnerabilidades sociais e ambientais, e, ao invés de eliminá-las, tenta-se minimizá-las por meio de políticas públicas sociais. Importante ressaltar que essas políticas públicas devem ser um meio e não um fim, pois as desigualdades devem ser eliminadas e não somente minimizadas do contexto social, pois é inconcebível que em um mundo globalizado e moderno haja seres humanos que não têm

o mínimo para viver e vivam em situação de pobreza extrema.

Importante afirmar que, para Rawls, a ideia de justiça funda-se em um contrato e existe uma imparcialidade, a qual se supõe a partir da posição original pautada no véu da ignorância e no consenso mútuo, quando pessoas livres e iguais, razoáveis e racionais vão escolher os princípios da justiça e aceitam fazerem parte da cooperação social. Esses elementos básicos vão ordenar uma sociedade definida como justa e cooperativa que possa redimensionar a vulnerabilidade socioambiental. Entende-se que, por traz do véu da ignorância, as pessoas não sabem seu papel na sociedade e tampouco as diferenças de sexo, talentos, raça e mesmo de gerações, podendo assim nascer uma sociedade pautada em um aspecto social equitativo e não meritocrático, onde a preservação ambiental possa ser uma questão presente e possível de ser resolvida por intermédio da participação do cidadão no espaço local, a partir de políticas públicas.

As futuras gerações possuem o direito aos bens naturais e a uma natureza preservada. O zelo com o contexto socioambiental pode ser reconhecido e aceito por todos os seres humanos como um interesse comum, ao qual todos vão respeitar de igual forma, induzindo assim a posição original e a busca dos princípios da justiça que levem a cooperação social e a minimização dos impactos e riscos ambientais, permitindo que haja um direito ao meio ambiente, disponível a todos os demais seres humanos.

Talvez a maior dificuldade em aceitar os princípios de Rawls esteja na escolha do princípio da igualdade entre sujeitos razoáveis e racionais na posição original, estando sob o véu da ignorância, pois o desejo de preservar os interesses próprios torna o sujeito transgressor da regra estabelecida por Rawls. Mas ou os sujeitos tornam-se egoístas e interessados no bem próprio, sendo escravos do consumismo e destruidores naturais, ou pessoas razoáveis e racionais, o que leva a uma racionalidade instrumental, pois não basta uma racionalidade somente moral.

A seguir, estuda-se a Teoria da Justiça como Equidade, de John Rawls, e a ideia de cooperação social.

2 A COOPERAÇÃO SOCIAL NA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

O ponto de partida da questão é entender que um dos objetivos de Rawls, na sua Teoria da Justiça como Equidade, datada de 1971, seria fornecer um alicerce moral e filosófico que fosse aceitável para as instituições

democráticas e que permitisse entender a igualdade e a liberdade dentro dessa sociedade. Por esse motivo, Rawls volta-se para uma cultura política pública para que uma sociedade possa ser bem ordenada, pautando-se em ideias de justiça, que é a sua principal virtude. Dessa forma, a ideia de Rawls é que a sociedade deve ser um sistema equitativo de cooperação social que inclui a ideia de vantagem razoáveis e racional para cada participante.

Portanto, uma sociedade que é bem ordenada segue os princípios da justiça (liberdade e igualdade) e pauta-se na concepção de cooperação social entre os entes, ou seja, a sociedade bem ordenada é um sistema equitativo de cooperação social baseado em um consenso sobreposto. Importante que essa sociedade bem ordenada seria uma idealização de Rawls, o qual pressupõe que todos os seus participantes saibam e aceitem que os demais vão aceitar uma concepção política de justiça, pautada nos princípios da liberdade igual e na igualdade, sendo que esses cidadãos terão um senso de justiça.

Dessa forma, a estrutura básica da sociedade deve integrar um sistema de cooperação, sendo definidos direitos e deveres que devem ser garantidos e que regulem a divisão de bens e a distribuição de encargos, ou seja, essa estrutura seria o objeto primário da justiça cujos princípios da justiça vão regular a estrutura básica; porém, é importante salientar que os termos equitativos deverão ser determinados pelas partes por intermédio da posição original pautada no véu da ignorância trazida por Rawls. A ausência de conhecimento permite que os cidadãos, que são livres e iguais, não saibam de seus talentos e posições dentro da sociedade, o que os permitiria que pudessem escolher os princípios da justiça e agir em forma de cooperação social. Essa posição original seria um contrato original com os propósitos da justiça como equidade, apoiando-se na associação de pessoas livres e racionais que aceitam os princípios da justiça, em uma situação inicial de igualdade, e que determinam quais seriam os termos fundamentais para essa associação. Assim, esses dois princípios, escolhidos por pessoas racionais livres e iguais, devem regular os acordos posteriores especificando a cooperação social.

Portanto, esse acordo que é celebrado por cidadãos que estão comprometidos com a cooperação social é feito de forma imparcial sob o véu da ignorância, sendo uma situação hipotética (ou seja, um contrato social hipotético) e a-histórica como afirma Rawls (2002). Assim, a posição original “é o status quo inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos” (RAWLS, 2002, p. 19). Ra-

Rawls afirma que essa ideia é obtida

na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça. (RAWLS, 2002, p. 12).

Igualmente, a posição original é a interpretação adequada para que se atinjam os propósitos da justiça como equidade. Por conseguinte, as partes na posição original são protegidas pelo véu da ignorância que impede que saibam de seus dotes naturais e de sua posição social, como afirma Rawls: “entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece o seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou *status* social, e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes” (RAWLS, 2002, p.13).

O véu da ignorância vai garantir que ninguém seja desfavorecido ou mesmo favorecido quando da escolha dos princípios que ordenarão a estrutura básica da sociedade. Rawls (2002), portanto, entende que a posição original pautada no véu da ignorância seria um recurso procedimental, do qual se poderiam abstrair as contingências do mundo social e o acaso natural, ou seja, trata-se de uma concepção política que entende que as instituições sociais devem possuir a regulação por meio de dois princípios de justiça, escolhidos a partir de uma posição original por pessoas racionais e iguais sob o véu da ignorância.

Desse modo, as instituições se organizariam e buscariam a melhor maneira de liberdade e igualdade, tornando-se um sistema equitativo estruturado em uma posição original por pessoas livres e para pessoas igualmente livres e iguais, que decidiriam sob o véu da ignorância, sendo diferente da ideia de bem e buscando sim a ideia de justo. Quando se fala nos princípios da justiça, Rawls afirma que eles teriam que observar as seguintes concepções:

- a. Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu

valor equitativo garantido.

b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos aberto a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. (RAWLS, 2000, p. 47-48).

No primeiro caso (a), tem-se o princípio da liberdade igual, por intermédio do qual as pessoas devem ter o direito a um projeto pleno de direitos e liberdades básicas iguais para todos. No segundo princípio, existe uma divisão em duas categorias, sendo que a primeira seria “o princípio da igualdade equitativa de oportunidades” referenciando à vinculação de cargos e posições abertos a todas as pessoas na sociedade de forma igual. E, no segundo caso, há o “princípio da diferença”, baseado na concepção de poder haver desigualdades sociais desde que os “menos favorecidos” possam, a partir dessas desigualdades, beneficiarem-se na sociedade. Importante salientar que Rawls afirma que há uma ordem lexográfica desses princípios; o da liberdade igual vem primeiro que o da igualdade e o da igualdade equitativa de oportunidades vem primeiro que o da diferença. Afirma Rawls:

Esses princípios devem obedecer uma ordenação serial, o primeiro antecedendo o segundo. Essa ordenação significa que as violações das liberdades básicas iguais protegidos pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais. Essas liberdades tem um âmbito central de aplicação dentro do qual elas só podem ser limitadas ou comprometidas quando entram em conflito com outras liberdades básicas. (RAWLS, 2002, p. 65)

Destarte, percebe-se que os princípios acabam se completando e permitindo que se possa atingir uma cooperação social levando a uma sociedade bem ordenada. Assim sendo, os cidadãos que estão inseridos na ideia de cooperação social devem ser considerados livres e iguais, ou seja, livres na medida em que podem exercer suas faculdades morais e iguais na medida em que possuem o grau essencial para entenderem as faculdades necessárias para se envolverem na ideia de cooperação social.

A ideia de pessoa para Rawls apresenta-se como uma concepção normativa e política e não como uma concepção metafísica, sendo elaborada a partir da ideia de como os cidadãos são vistos na cultura política pú-

blica de uma sociedade democrática. Percebe-se que esses cidadãos são autônomos, ou seja, racionais e razoáveis, permitindo que possam participar de um sistema de cooperação, ponderando sobre os meios mais adequados para se atingir os princípios baseado na justiça como equidade. Também se verifica que aparece, segundo Rawls, a ideia de razão pública, pois, quando há uma sociedade que parte de um modelo de reciprocidade, há um consenso sobreposto que permite que os princípios da justiça sejam atingidos. Para Gondim, o razoável difere-se do racional, pois “o razoável tem uma forma do público e o racional não a tem. Através do razoável os indivíduos são iguais no mundo público dos outros e podem propor aceitar e dispor de termos equitativos de cooperação entre eles” (GONDIM. 2011. p.50).

Rawls (2000, p.93) entende que as pessoas são razoáveis quando estão dispostas a propor princípios e mesmo critérios como termos equitativos de cooperação e se submeter voluntariamente a esses critérios, dado como garantia que os demais agirão da mesma forma. Assim, as normas seriam razoáveis a todos e, desse modo, consideram-nas justificáveis para todos. Portanto, “o razoável é um elemento da ideia de sociedade como um sistema de cooperação equitativa, e, que seus termos equitativos sejam razoáveis à aceitação de todos, faz parte da ideia de reciprocidade”. (RAWLS, 2000, p. 93).

Para Rawls, a ideia de reciprocidade seria uma qualidade que as pessoas possuem, ou seja, as pessoas livres e iguais cooperam conjuntamente em termos que todos possam vir a aceitar. Essa ideia encontra-se entre “a ideia de imparcialidade, que é altruísta (o bem geral constitui a motivação), e a ideia de benefício mútuo, compreendido como benefício geral com respeito à situação presente ou futura, sendo as coisas como são” (RAWLS, 2000, p. 93).

Do mesmo modo, o consenso sobreposto aparece com a concepção política de justiça entre duas doutrinas abrangentes e razoáveis; logo, a sociedade regula-se por elas e, também, é independentes delas. De acordo com Rawls (2000, p. 07), o consenso sobreposto vai garantir que se possa conviver com as diferenças religiosas, além de haver uma aceitação mútua que decorre do estabelecimento de determinado consenso em torno de valores que sejam comuns. Dessa forma, o consenso sobreposto, na esfera pública, vai depender da redução de conflitos entre os valores, sendo necessário que as exigências de justiça não sejam conflituosas com os interesses dos principais grupos sociais.

A ideia de razão pública seria realizada pela concepção política

que seria sustentada por um consenso sobreposto de doutrinas razoáveis e abrangentes; os cidadãos vão defender um ideal de razão pública de virtude de suas doutrinas razoáveis, ou seja, o conteúdo da razão pública vai especificar os direitos, as liberdades e as oportunidades, trazendo um equilíbrio reflexivo, que é a base para que haja um sistema equitativo de cooperação social entre as pessoas livres e iguais. Para Rawls (200, p. 263), “numa sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição”.

Importante que se analise a ideia de aplicação da teoria de Rawls no espaço local a partir do princípio da subsidiariedade.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESPAÇO LOCAL

As políticas públicas no espaço local são importantes para que a sociedade possa solver seus problemas de forma mais harmônica e consensual, visto que os indivíduos conhecem bem seus problemas. Dessa forma, quando se analisa o espaço local, percebe-se que vai proporcionar autonomia à população, permitindo que os cidadãos possam participar da tomada de decisões em seu Município. Canotilho e Moreira entendem que “a autonomia local é, juntamente com a autonomia regional, um dos princípios constitucionais fundamentais em matéria de organização descentralizada do Estado” (2010, p. 714).

Para Hermany, o “elemento fundamental de revitalização do Estado social vem a ser o apelo à democracia participativa, fazendo dos próprios interessados, individualmente ou em grupo, agentes da transformação da sua condição” (HERMANY, 2007, p. 10). A democracia participativa, portanto, começa na esfera local, onde os problemas são mais visíveis e palpáveis para a população. De acordo com a ideia de Santos:

A localização dos homens, das atividades e das coisas no espaço explica-se tanto pelas necessidades externas, aquelas do modo de produção puro, quanto pelas necessidades internas, representadas essencialmente pela estrutura de todas as procura e a estrutura das classes, isto é, a formação social propriamente dita. (SANTOS, 2008, p.28)

De tal modo, no espaço local existe um fortalecimento tanto da sociedade local e da cidadania quanto das instituições, consubstanciando as normas de proteção social e a dignidade humana que constam nos parâ-

metros da Constituição Federal de 1988. Para Baracho (1996, p. 20): “as políticas públicas, através da estrutura e de operações do governo local, tomam nova conscientização, com referências ao conceito político de federalismo”. Dessa maneira, a atuação do governo local permite que o federalismo e a democracia possam se consolidar de forma mais ampla e com a participação popular. De acordo com Baracho (1996, p.40): “o Estado não pode ser considerado como um corpo estranho, no qual os cidadãos são vistos burocraticamente. Suas atividades precisam ser compreendidas, em relação às comunidades menores e aos particulares”.

Dessa forma, a atuação dos governantes no espaço local garante uma mudança de paradigma político e social na sociedade, permitindo que se concretize o princípio da subsidiariedade, o qual é fundamental para que os Municípios e seus cidadãos participem da tomada de decisões ativamente. Martins compreende que “se a subsidiariedade não existe senão num quadro que haja entidades autônomas umas das outras ou face ao Estado, ela só é desde logo aplicável no âmbito da administração autônoma” (MARTINS, 2003, p. 457). Na óptica de Krell (2008, p. 43): “o princípio da subsidiariedade é a sua ‘função relacional’, que obriga o poder estatal a possibilitar, potencializar e promover as ações das entidades menores, em prol do bem comum”.

Assim sendo, o princípio da subsidiariedade “deve ser interpretado como inerente à preservação das individualidades, dentro dos vários agrupamentos sociais” (BARACHO, 1996, p.46), cuja estrutura governamental reflita os elementos da subsidiariedade, estabelecendo a autoadministração das unidades locais. Martins entende que o princípio da subsidiariedade “serve de reorganizador nessa repartição de competências, dando o comando geral que só pode ser cumprido em cada caso concreto, pois só aí é que é possível saber quem está mais claro a solucioná-lo de forma mais eficaz” (MARTINS, 2003, p. 458). Baracho complementa que a função da subsidiariedade garante a condição necessária para a liberdade, como se lê:

A ideia de subsidiariedade reclama relativa repartição de bens, não para nivelamento absoluto, mas para garantir a cada um as condições necessárias para o exercício de sua liberdade. O princípio, [...], não implica apenas a distribuição dos bens, para que esses recursos provenham da sociedade civil, o mais largamente possível, não dependendo apenas das instâncias públicas. Os grupos de cidadãos estão habilitados a exercitar e responder as necessidades decorrentes do interesse geral, sendo que

por seu intermédio, sem interferência da instância nacional, as coletividades locais possam financiar a redistribuição social. Permitindo-se aos grupos individuais o máximo de autonomia, podem exercer maneiras eficazes de atuação (1996, p. 66).

Portanto, o princípio da subsidiariedade deve ser interpretado como uma forma de estrutura governamental local, que permita a auto-administração das unidades locais, admitindo-se que possam gerir suas políticas públicas e concretizarem a cidadania e a democracia por meio do sentimento de pertencimento do indivíduo/cidadão nesse espaço local. Para Hermany, o princípio da subsidiariedade pauta-se na dignidade da pessoa humana e em outras garantias constitucionais essenciais para se viver a plena cidadania. Portanto,

[...] o princípio da subsidiariedade pretende restabelecer aos cidadãos seus atributos concretos baseados na dignidade da pessoa humana e em outras garantias constitucionais fundamentais. Percebe-se que a subsidiariedade confere elementos para a soberania ao cidadão, pois permite sua participação nos rumos de seu município de seu país. (2012, p.21).

A subsidiariedade vai conferir elementos fundamentais “para a soberania do indivíduo, pois aproxima o diálogo do cidadão, estimula a participação política, traz a abertura de diálogo pluralista e com as minorias” (2012, p.21). Desse modo, percebe-se que o princípio da subsidiariedade estimula o interesse público, fazendo o povo e o ente público participarem do desenrolar das decisões políticas de seu país, permitindo que as decisões partam de um âmbito local, onde o verdadeiro problema pode ser resolvido, garantindo que a liberdade, a soberania e o diálogo garantam a democracia. Hermany continua afirmando que o princípio da subsidiariedade “estimula que a prossecução do interesse público seja engajada pelo indivíduo ou por corpos sociais intermediários entre o cidadão e o Estado” (2012, p. 26).

A subsidiariedade garante que as políticas públicas feitas no espaço local possam efetivar e possibilitar a cooperação social visto que haverá maior facilidade de existir um consenso sobreposto e que os cidadãos podem ser mais razoáveis e racionais no momento da tomada de decisões. A questão, no entanto, é como aplicar a subsidiariedade a partir de políticas públicas locais para se atingir a cooperação social proposta por Rawls e minimizar a vulnerabilidade socioambiental na sociedade moderna.

4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS LOCAIS E A COOPERAÇÃO SOCIAL PARA A RESOLUÇÃO DA VULNERABILIDADE SOCIO-AMBIENTAL

Quando se analisa a ideia de cooperação social por meio de políticas públicas locais para resolver ou minimizar a vulnerabilidade socio-ambiental, observa-se que a sociedade mundial deve se pautar nessa ideia a partir de um consenso sobreposto. A cooperação permite que haja a implementação de políticas públicas e o espaço local faz essas políticas públicas permitirem que a comunidade possa participar, exercendo a sua cidadania social de forma plena. A partir daí, as questões de problemas, sejam ambientais sejam mesmo sociais, ficam mais fáceis de ser visualizadas e mesmo de resolvidas. Desse modo, a ideia de uma sociedade enquanto sistema equitativo de cooperação vai acontecer com o decorrer do tempo, visto que as pessoas/ os cidadãos precisam agir de forma consensual e abrir mão de seus talentos e cargos, ou seja, existe a necessidade de uma cultura pública de cooperação dentro de uma sociedade que se diz democrática.

Os cidadãos devem buscar esse consenso para que haja a cooperação não porque existe lucro econômico, mas sim porque torna as pessoas livres e iguais e permite que uma série de problemas locais, sejam ambientais sejam sociais, possa ser resolvida, pois é por intermédio do espaço local que se chega ao espaço global e que se consegue um resultado.

Rawls entende que existe a necessidade de especificar a ideia de cooperação social e destaca três elementos importantes, sendo eles: em um primeiro momento, entende-se que a cooperação “é distinta da mera atividade socialmente coordenada, como, por exemplo, a atividade organizada pelas ordens decretadas por uma autoridade central. A cooperação é guiada por regras e procedimentos publicamente reconhecidos, aceitos pelos indivíduos que cooperam e por eles considerados reguladores adequados de sua conduta”. (Rawls, 2000, p.58). Para que exista a cooperação, ela deve ser publicamente reconhecida e aceita por todos.

Posteriormente, entende-se que a cooperação deve pressupor termos que sejam equitativos. Assim, segundo Rawls (2000, p. 58-59):

São os termos que cada participante pode razoavelmente aceitar, desde que todos os outros os aceitem. Termos equitativos de cooperação implicam uma ideia de reciprocidade: todos os que estão envolvidos na cooperação e que fazem sua parte

como as regras e procedimentos exigem, devem beneficiar-se da forma apropriada, estimando-se isso por um padrão adequado de comparação. Uma concepção de justiça política caracteriza os termos equitativos da cooperação. Como o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, esses termos equitativos são expressos pelos princípios que especificam os direitos e deveres fundamentais no interior das principais instituições da sociedade e regulam os arranjos da justiça de fundo ao longo do tempo, de modo que os benefícios produzidos pelos esforços de todos são distribuídos equitativamente e compartilhados de uma geração até a seguinte.

Desse modo, percebe-se que com a cooperação todos ganham, pois todos aceitam os termos estabelecidos, sem tirar vantagens dos demais, ou seja, as regras e os procedimentos são aceitos por todos, sendo termos equitativos de cooperação. Em um terceiro momento, Rawls entende que a ideia de cooperação vai requerer uma ideia baseada na vantagem racional ou no bem de cada um que participa dessa cooperação. Assim, a “ideia de bem específica o que aqueles envolvidos na cooperação, sejam indivíduos, famílias, associações, ou até mesmo governos de diferentes povos, estão tentando conseguir, quando o projeto é considerado de seu ponto de vista” (RAWLS, 2000, p.59); logo, a cooperação vai gerar um benefício mútuo a todos.

Mas se pode questionar como as pessoas podem participar plenamente de um sistema equitativo de cooperação social? Rawls (2000, p.62) responde à pergunta afirmando que as pessoas podem participar plenamente de um sistema equitativo de cooperação social, se for atribuído a elas duas capacidades, a de ter senso de justiça e a de ter uma concepção pautada no bem. Assim,

senso de justiça é a capacidade de entender a concepção pública de justiça que caracteriza os termos equitativos de cooperação social, de aplicá-la e de agir de acordo com ela. Dada a natureza da concepção política de especificar uma base pública de justificação, o senso de justiça também expressa uma disposição, quando não o desejo, de agir em relação a outros em termos que eles também possam endossar publicamente. A capacidade de ter uma concepção do bem é a capacidade de formar, revisar e procurar concretizar racionalmente uma concepção de vantagem racional pessoal ou bem. (RAWLS, 2000, p.62).

Dessa forma, existe a necessidade de se supor que a ideia da sociedade como um sistema equitativo de cooperação faz os indivíduos, “na

condição de cidadãos, terem todas as capacidades que lhes possibilitam ser membros cooperativos da sociedade” (RAWLS, 2000, p. 63). Assim, todas as capacidades entendem-se como mínimo de direitos para poder ser livre e igual e participar da cooperação. Precisa-se entender que cooperar é atuar em conjunto, buscando uma finalidade comum, mas, para que todos possam participar, é necessário que as pessoas, que vivem em situação de vulnerabilidade, possam ter um meio de sair desse quadro. As políticas públicas feitas no âmbito local podem ser a solução para que aquele indivíduo tenha a oportunidade dentro de um contexto social marcado pela globalização e modernidade.

Assim, para que a cooperação tenha sucesso são necessários objetivos comuns que vão depender de determinadas condições estabelecidas: todos saibam delas e isso seja feito de acordo com um consenso, para que todos entendam os fins que devem ser atingidos. A confiança recíproca entre as pessoas, o interesse comum, a elaboração comum das regras e do conjunto de normas levam a um acordo onde há a coordenação das ações e a participação ativa de todos que compõem a sociedade. Para que isso ocorra, no entanto, existe a necessidade de começar no âmbito local, para posteriormente se espalhar para o âmbito regional e global, pois não se consegue, na atualidade, um consenso no âmbito global ou mesmo regional, onde os interesses não se entrecruzam.

Assim, o desenvolvimento da ideia do espaço local pode ser apresentado como uma solução para a falência dos modelos tradicionais que estão idealizados no molde que o Estado nacional é o principal agente promotor do desenvolvimento. Percebe-se que esse modelo não permite que problemas ambientais e sociais possam ser resolvidos, assim, políticas públicas voltadas ao espaço local permitem o desenvolvimento e a solução de problemas. Essas políticas públicas, ao serem articuladas no espaço local, e junto com as outras instâncias, permitem que o capital humano seja aproveitado na sociedade, fazendo com que esses cidadãos possam participar ativamente da tomada de decisões.

Sabe-se que a pobreza das populações gera, além de problemas sociais, uma série de problemas ambientais; porém, se essa população tivesse a possibilidade de participar no seu espaço da tomada de decisões, como pessoas razoáveis e racionais, livres e iguais, por intermédio de um consenso sobreposto, pautado em uma ideia de cooperação social, poder-se-ia minimizar os impactos, tanto da pobreza quanto os problemas ambientais advindos dela. Uma política pública dentro desse espaço que per-

mitisse que as pessoas pudessem ter uma atuação efetiva seria uma forma de solução, além de políticas públicas ambientais e de redução da pobreza. Deixa-se claro, no entanto, que as políticas públicas não devem ser um fim para resolução dos problemas, mas sim um meio para tal.

Geralmente, as pessoas mais pobres na sociedade são os mais vulneráveis, pois carecem de direitos, de defesa econômica e social, de apoio, o que leva a um enfraquecimento na capacidade resposta aos problemas sociais e ambientais, sendo que a atuação do Estado, principalmente na esfera local, é fundamental, pois é cada Município que sabe a sua real necessidade frente à questão. Assim, a vulnerabilidade que envolve a sociedade e a natureza deve ser objeto de análise e vista de forma integrada para que se possa compreender que essas duas dimensões da realidade social precisam ser resolvidas, em momentos diferentes ou simultâneos.

Importante entender que o espaço local pode atuar como reprodutor de desigualdades socioambientais ao não proporcionar as condições adequadas de vida, mas também pode agir como elemento diferenciador para resolver essa problemática. Assim, políticas públicas locais que visem a uma cooperação social permitem que haja a implementação de direitos que minimizem ou mesmo eliminem a vulnerabilidade socioambiental.

CONCLUSÃO

Na atualidade, os riscos de danos ambientais alcançam novas formas com o implemento da sociedade moderna, levando à vulnerabilidade socioambiental. Mas, tem-se verificado que no *espaço local*, ocorre uma série de problemáticas ambientais que devem ser sede de discussões dessas questões, pois, apesar de um universo globalizado e amplo, os efeitos dialéticos incidem em locais específicos, em uma população em sede de vulnerabilidade, que arca com esses efeitos. Portanto, pode-se propor uma política pública em prol do meio ambiente e da pobreza para evitar a vulnerabilidade socioambiental no espaço local e, assim, conseqüentemente, atingir o espaço regional e global.

Torna-se importante compreender a atuação no espaço local para que se detecte um problema específico, em populações em situação de vulnerabilidade, social ou ambiental. Esses problemas socioambientais podem ter uma de suas faces advindas do consumismo desenfreado que a sociedade moderna enfrenta. Dessa forma, a vulnerabilidade socioambiental deve ser resolvida de maneira que as classes sociais mais vulneráveis

não venham a criar problemas ambientais advindos do consumo e de sua condição. Portanto, a propositura de uma política pública local, baseada em uma lei, que viabilize as condições sociais dos menos abastados pode ser a solução do problema proposto.

As novas tecnologias, paradoxalmente, têm favorecido o desenvolvimento técnico da humanidade; em contrapartida, têm sido acusadas de danos ao meio ambiente – poluição do ar, água, destruição da camada de ozônio, aquecimento global. Assim, em países como o Brasil, caracterizado por desigualdades sociais e pobreza, é pertinente a utilização de um estudo voltado à conceitualização da vulnerabilidade socioambiental na abordagem das situações de riscos ambientais. A partir do exposto, observa-se que existe a necessidade de se criar políticas públicas locais que minimizem os riscos ambientais e a vulnerabilidade socioambiental e que se pautem na ideia de cooperação social, para que todos possam participar de forma efetiva. Essa política pública seria dividida em duas partes: inicialmente política pública social para que as pessoas pobres tivessem como sair da linha de pobreza e ter a possibilidade de autonomia para decidir e participar no espaço local (salienta-se que, no Brasil, existe o Plano Brasil sem Miséria e em um dos seus eixos é o programa Bolsa Família). Além disso, uma política pública de educação que permita que as pessoas aceitem participar de uma cooperação social a partir de um consenso sobreposto para mudar os rumos de seu espaço local.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASCH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1995.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. São Paulo: Editora 34, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vidal. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. II. Portugal: Coimbra, 2010.

CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é direito ambiental: dos descaminhos*

da casa à harmonia da nave. Florianópolis: Habitus, 2003.

CORDEIRO, Joselma Cavalcanti; VILLASANTE, Tomás Rodriguez Pietro; ARAUJO JUNIOR, José Luiz do Amaral Correa de. A participação e a criatividade como ferramentas de análise das políticas públicas. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2010, v.15, n. 4, p. 2123-2132. ISSN 1413-8123.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suséte da Silva. Espaço local, cidadania e inclusão social: perspectivas a partir das políticas públicas educacionais. *Revista Brasileira de Direito*, IMED, v. 7, n. 2, jul-dez 2011 - ISSN 2238-0604.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANCO, Augusto de; THAMY, P. (Org.). *Democracia cooperativa: escritos políticos escolhidos de John Dewey: 1927-1993*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. Tradução Álvaro Cabral. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via e seus críticos*. Trad. Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

GIRON, Loraine Slomp. *Refletindo a cidadania: Estado e sociedade no Brasil*. 5. ed. Caxias do Sul: Educs, 2000.

GONDIN, Elnora. RODRIGUES, Osvaldino Marra. *John Rawls e a justiça como equidade: algumas considerações*, Diversa, Teresina. v.1, n. 2 p. 131-146, jul/dez. 2008.

HABERMAS, Jurgen. *A nova intransparência: a crise do estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas*. Novos Estudos Cebrasp. São Paulo, nº 18.

HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Edunisc: IPR, 2007.

HERMANY, Ricardo. O empoderamento social local como pressuposto para

o exercício da cidadania. In. HERMANY, Ricardo, et. al. *O mundo da cidade e a cidade no mundo: reflexões sobre o direito local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2009.

HERMANY, Ricardo. *Município na Constituição: o poder local na constitucionalismo luso-brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

HERMANY, Ricardo; BENKENSTEIN, Jeanine Cristiane; SODER, Rodrigo Magnos. O empoderamento social e o poder local como instrumentalizadores na formulação democrática de políticas públicas municipais. In. SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY, Ricardo. *Espaço local, cidadania e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

HERMANY, Ricardo; COSTA, Dartagnan Limberger. *Elementos de emancipação social local: a perspectiva do programa de governança solidária local como indutor da emancipação social dos cidadãos*. Santa Cruz do Sul: Edu-nisc, 2009.

HERMANY, Ricardo; FRANTZ, Diogo. As políticas públicas na perspectiva do princípio da subsidiariedade: uma abordagem municipalista. In. HERMANY, Ricardo. *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

HERMANY, Ricardo; RODEMBUSCH, Claudine Freire. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas. In. HERMANY, Ricardo. *Empoderamento social local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

IANNI, Octavio. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

IANNI, Octavio. Globalização: novo paradigma das ciências sociais. *Estudos Avançados*, v. 8, n. 21, São Paulo, maio/ago., 1994 p.147-163. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141994000200009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 ago. 2015.

KIELING, Charles Antonio. *Manifesto da cidadania*. Caxias do Sul: Maneco, 2001.

KLIKSBERG, Bernardo. *Falácias e mitos do desenvolvimento social*. São Paulo: Cortez, 2001.

KRELL, Andreas J. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo

Horizonte: Fórum, 2008.

KRISCHKE, Paulo. *Aprendendo a democracia na América Latina: atores sociais e mudança cultural*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

LIPOVESTSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Bacarolla, 2004.

LIPOVESTSKY, Gilles. *O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

MARTÍN, Núria Beloso. *Os novos desafios da cidadania*. Trad. Clóvis Gorcevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

MARTINS, Margarida Salema D' Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Portugal: Coimbra editora, 2003.

MILL, John Stuart. *O governo representativo*. São Paulo: IBRASA, 1995.

NABAIS, José Casalta. *A autonomia financeira das autarquias locais*. Coimbra: Almeidinha, 2007.

NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Millennium, 2001.

NALINI, José Renato. Poder Judiciário. In. TRIGUEIRO, André (coord). *Meio Ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. Pp. 285-305.

PENNA, Carlos Gabaglia. *O estado do planeta: sociedade de consumo e degradação ambiental*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

PORTILHO, Fátima. *Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania*. São Paulo: Cortez, 2005.

RAWLS, John. *O liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fonte, 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fonte, 2002.

RAWLS, John. *Justiça como equidade*. Trad.: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. A ideia de Razão Pública revisitada. In. WERLE, Denilson

Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, 2007.

RDH2014. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2014*: sustentar o progresso humano: reduzir as vulnerabilidades e reforçar a resiliência. Portugal: PNUD, 2014.

SANTOS, Milton. *Da totalidade ao lugar*. São Paulo: Edusp, 2008.

SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY, Ricardo. *Espaço local, cidadania e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

SILVA, Rubens Alves da. Entre artes e ciência: a noção de performace e drama no campo das ciências sociais. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 74, p.35-65, jul./dez. 2005.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Cidadania e a natureza humana: reflexões filosóficas para o empoderamento local. In: SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY, Ricardo. *Espaço local, cidadania e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 08, nº 16, jul/dez. 2006.

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion; TRENTIN, Sandro Seixas. A cidadania diante do atual cenário de globalização: complexidades sociais. In: SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY, Ricardo. *Espaço local, cidadania e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

Artigo recebido em: 16/01/2017.

Artigo aceito em: 23/05/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. Políticas Públicas e Cooperação Social em John Rawls. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 277-302, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1038>>. Acesso em: dia mês. ano.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL - PESSOA FÍSICA: REQUISITOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

Gessuir Pigatto

Doutor e Mestre em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR). Professor da Pós-Graduação em Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).
E-mail: pigatto@tupa.unesp.br

Ubirajara Garcia Ferreira Tamarindo

Mestrando em Agronegócio e Desenvolvimento pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Paulista (UNIP).
E-mail: ubirajara@fletadvocacia.com.br

Sergio Silva Braga Junior

Doutor em Administração pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Mestre em Administração de Organizações pela Universidade de São Paulo (USP). Professor da Pós-Graduação em Agronegócio e Desenvolvimento e da Pós-Graduação em Administração da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).
E-mail: sergio@tupa.unesp.br

RESUMO

A recuperação judicial, que tem por objetivo viabilizar a manutenção da fonte produtora, tem despertado cada vez mais a atenção dos empresários. Esse interesse tem sido verificado, ainda, por parte dos produtores rurais. Entretanto, há, atualmente, discussão na doutrina e na jurisprudência sobre os requisitos legais em face do produtor rural pessoa física, notadamente sobre se esse deve ou não estar registrado no órgão de empresas mercantis quando da impetração do requerimento de recuperação judicial, e sobre a maneira como se dará a comprovação de atividade regular há mais de dois anos, consoante exigência estabelecida no *caput* do art. 48 da Lei n. 11.101/05. Essas questões têm dificultado o acesso do produtor rural pessoa física ao instituto recuperacional. Amparando-se em pesquisa bibliográfica e documental, apresentou-se, neste trabalho, a estrutura da recuperação judicial e o conceito de atividade rural e de produtor rural pessoa física e jurídica. Na parte final, foram apontados os requisitos le-

gais para o processamento da recuperação judicial do produtor rural pessoa física, notadamente em um contexto jurisprudencial. Com isso, ficaram contextualizados neste trabalho o instrumento da recuperação judicial, o seu cabimento e os requisitos legais estabelecidos pela jurisprudência para deferimento ao produtor rural pessoa física.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Produtor rural pessoa física. Requisitos legais e jurisprudenciais.

*THE JUDICIAL RECOVERY OF THE RURAL PRODUCER AS
INDIVIDUAL ENTITY: LEGAL AND JURISPRUDENTIAL REQUIRE-
MENTS*

ABSTRACT

The judicial recovery, which has the objective of making possible the maintenance of the production source, has increasingly attracted the attention of businesspersons. This interest has been verified, also, by rural producers. However, there is currently a discussion, in the doctrine and jurisprudence, about legal requirements against the individual rural producer, notably whether or not this producer should be registered in the public agency of mercantile companies, in the moment of the application for judicial recovery is filed, as well as the ways to prove a regular activity over two years at least, according to the requirement established in the caput of art. 48, Law n. 11.101/05. These issues have made it difficult for rural producers, individual entity, to access the recovery institute. Based on bibliographical and documentary research, it has been presented, in this paper, the structure of judicial recovery and the concept of rural activity, a rural producer as individual and legal entities. In the final part, we pointed out the legal requirements for the acceptance of judicial recovery to the rural producer, especially in a jurisprudential context. Then, the balance of the study we contextualized the instrument of judicial recovery was contextualized, as well as the legal requirements established by the jurisprudence for the acceptance to the rural producer, individual entity.

Keywords: *Judicial recovery. Rural producer as individual entity. Legal and jurisprudential requirements.*

INTRODUÇÃO

Após um período de forte crescimento do PIB experimentado na última década, o Brasil amarga atualmente uma conjuntura econômica e política deveras tumultuada, sobretudo em razão da desaceleração da atividade econômica, do alto índice de desemprego e de graves episódios de corrupção que têm desestabilizado o País, sobretudo política e economicamente. Não obstante esse cenário, o Brasil continua oferecendo aos investidores um horizonte de tributos complexos e onerosos, insegurança jurídica, burocracia em excesso, falta de infraestrutura logística eficiente, excessiva ingerência política e sindical na economia e altos custos na contratação de mão de obra. Tudo isso, por sua vez, se reflete nos atuais índices econômicos e sociais do País: no ano de 2016, o PIB brasileiro recuou 3,6% em relação ao ano anterior, e o desemprego atingiu a expressiva taxa de 13,2% no trimestre encerrado em fevereiro de 2017, com, aproximadamente, 13,5 milhões de trabalhadores desempregados (IBGE, 2017; IBGE, 2016).

Nesse contexto de recessão econômica, tem sido recorrente, no âmbito empresarial, o debate sobre o instituto da recuperação judicial, que tem por objetivo a reestruturação judicial da empresa em situação de insolvência. E, segundo recente pesquisa realizada por economistas da Serasa Experian (SERASA, 2016), o número de pedidos de recuperações judiciais bateu recorde histórico no País: somente no primeiro semestre de 2016 foram requeridos 923 pedidos, ou seja, 87,6% a mais do que o registrado no mesmo período em 2015.

A mencionada pesquisa apontou, ainda, que o resultado é o maior para o acumulado do semestre desde 2006, após a entrada em vigor da Lei n. 11.101, de 9 de janeiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Uma das principais razões desse cenário, segundo a pesquisa, está na combinação dos juros altos com a prolongada recessão político-econômica do País, que impõe sérias dificuldades financeiras às empresas, levando-as a utilizar o mecanismo de recuperação judicial como forma de se preservar da insolvência.

Outro fator recente, que contribuiu sobremaneira para o aumento dos pedidos de recuperação judicial, foram as consequências de investigações de corrupção deflagradas pela Polícia Federal e pelo Ministério Públi-

co Federal, em especial a chamada operação “Lava Jato”.

Nesse cenário, grandes empresas, especialmente as dos setores de óleo, gás, construção civil e infraestrutura, sentiram os impactos financeiros decorrentes dessas investigações e das decisões judiciais que foram impostas. Com isso, as empresas que não encerraram as atividades foram obrigadas a cortar custos e a rever negócios e estratégias.

Entretanto, para muitas dessas empresas atingidas direta e indiretamente pela “Lava Jato”, o esforço de readequação do plano de negócios não foi suficiente; e, por consequência, elas foram obrigadas a recorrer ao instituto da recuperação judicial como última tentativa para evitar a quebra.

A título de exemplo, conforme informações obtidas no sistema de consulta de processos dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Paraná, Goiás, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul, empresas do porte da Sete Brasil, do Grupo Schahin Engenharia (são 28 empresas), da Galvão Engenharia, da Galvão Participações, da Alumini, da Mendes Júnior e da OAS já pediram recuperação judicial. Por outras razões que não a do envolvimento direto na operação “Lava Jato”, também pediram proteção recuperacional as empresas: Hopi Hari, a Bombril, Parmalat, Proema (fabricante de autopeças da Fiat, GM, Honda e Mercedes-Benz), Carvajal Informações (dona do Portal Guia Mais e das listas telefônicas Listel e Editel), Amal (estaleiro), Varig, Vasp, Passaredo Transportes Aéreos, OGX, OSX, Wind Power Energia, Leon Heimer, Celpa, Camisaria Colombo, Grupo Rede, GEP, BMart, Via Uno, Barred’s, Lupatech, Frigorífico Independência, Frigorífico Mondeli, Leão e Leão Ltda, Leader Magazine, Mabe e, recentemente, a empresa de telecomunicações OI.

Somente a recuperação judicial da OI, a maior da história do País, envolve débitos superiores a sessenta e cinco bilhões de reais, consoante informações apresentadas nos autos n. 0203711-65.2016.8.19.0001, em trâmite perante a 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

Especificamente em relação ao agronegócio, além dos problemas já conhecidos, como é o caso, por exemplo, *i)* da falta de infraestrutura logística eficiente, *ii)* de alterações climáticas, *iii)* de variações do câmbio, *iv)* de excesso de tributos, *v)* da complexidade da legislação fiscal e trabalhista, *vi)* de barreiras a mercados internacionais, *vii)* de endividamento bancário e *iii)* de redução na oferta de crédito, o cenário para o setor ainda é de expansão da atividade econômica. Contudo, a despeito do constante

crescimento e da importância estratégica do setor, é certo afirmar, por outro lado, que o agronegócio não está imune às intempéries do cenário político e econômico que têm assolado o País, especialmente nos últimos três anos.

Com efeito, muitos produtores rurais têm apresentado quadro de superendividamento e enormes prejuízos nos últimos anos, beirando a insolvência. Por causa disso, a recuperação judicial tem despertado, cada vez mais, a atenção dos produtores rurais e das sociedades empresariais que atuam nos diversos segmentos do agronegócio. É o caso, por exemplo, das sociedades: Giovelli & Cia Ltda, Unialcol, Agrenco, Grupo Andrade, Infinity Bionergia, Dedini Indústria de Base, Santa Maria Agrícola, Energética Santa Elisa, Usina Carolo, Sociedade Agrícola Santa Mônica, Tonon Bioenergia, Renuka do Brasil, Sifco, Usina Global Goiás, Aralco, Abengoa, Agro São Gabriel, Usina São Fernando e Bom Jesus Agropecuária, que já pediram recuperação judicial.

Somente no setor de cana-de-açúcar, no início do ano de 2016, chegou a 79 o número de usinas de açúcar, álcool e energia em recuperação judicial no País desde 2008 (BATISTA, 2016). Esse número tende a crescer caso não ocorram alterações no quadro econômico.

Portanto, as sociedades empresariais, notadamente as rurais, têm-se utilizado da proteção recuperacional conferida pela Lei n. 11.101/05. Entretanto, no tocante ao produtor rural pessoa física, sem registro mercantil, e, por consequência, não empresário, não existe, na Lei n. 11.101/05, previsão que faculte o requerimento de recuperação judicial, visto que essa lei disciplina a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do **empresário** e da **sociedade empresária**, conforme o disposto em seu art. 1º.

Nesse contexto, é cediço que a grande maioria dos produtores rurais exerce seu ofício rural no âmbito familiar, porém na modalidade pessoa física, sem registro mercantil, situação que, por si só, pode impedir o acesso a esse importante instrumento legal de recuperação momentânea de dificuldade financeira.

Outro obstáculo ao produtor rural sem registro mercantil ao instituto da recuperação judicial é a imposição estabelecida no *caput* do art. 48 da Lei n. 11.101/05, que exige a comprovação, quando da impetração da recuperação judicial, de atividade regular empresarial há mais de dois anos.

Dessa maneira, a controvérsia atualmente existente na doutrina e na jurisprudência sobre a concessão da recuperação judicial ao produtor rural pessoa física reside, sobretudo, na necessidade - ou não - de ele estar

devidamente registrado no órgão mercantil quando da impetração do requerimento e na forma como será feita a comprovação de atividade regular há mais de dois anos, conforme exigência do *caput* do art. 48 da Lei n. 11.101/05.

Assim sendo, o presente estudo trata de uma abordagem qualitativa, que pode ainda ser classificada como bibliográfica e documental. As informações apresentadas neste trabalho foram obtidas por meio de revisão da literatura científica e da legislação, assim como de dados secundários, informações oficiais governamentais e de artigos jornalísticos de cunho político-econômico. Com isso, serão apresentados, em primeiro lugar, os principais aspectos estruturais do instituto da recuperação judicial. Na sequência, será analisado o conceito de atividade rural e de produtor rural pessoa física e jurídica. Na parte final, serão realizadas as considerações necessárias acerca dos requisitos para o deferimento da recuperação judicial ao produtor rural pessoa física, notadamente em um contexto legal, doutrinário e jurisprudencial.

1 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Segundo Domingues (2009), a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que revogou o Decreto-Lei n. 7.661/45 - Lei de Falência e Concordata - então vigente, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da recuperação judicial, concedendo à empresa em crise um meio eficiente para que ela reorganize seus negócios, redesenhe seu passivo e se recupere de momentânea dificuldade financeira. De fato, por meio da nova lei, o rigor do instituto da concordata foi substituído pela maleável recuperação de empresas, nos formatos judicial, extrajudicial e especial, que garantem a adoção, pelo empresário devedor, de soluções de mercado para reestruturação da empresa, assim como de mecanismos mais flexíveis para remissão das dívidas e da dilação dos prazos de pagamento. Entretanto, o legislador destinou a recuperação judicial para as situações mais complexas, que demandem o envolvimento de todos os credores e, por conseguinte, um maior controle por parte do Poder Judiciário (DOMINGUES, 2009).

Com isso, estar-se-á diante de um instituto multidisciplinar, já que o instituto da recuperação da empresa, antes de ser um processo judicial, é um processo negocial-empresarial, de modo que o seu sucesso dependerá, substancialmente, não da tutela do Poder Judiciário, mas, so-

bretudo, da *expertise* da empresa em crise em negociar com seus credores, demonstrando a eles a possibilidade de superar a crise momentânea (LAZZARINI, 2009).

Com efeito, o pilar fundamental da recuperação judicial está consubstanciado no art. 47 da Lei n. 11.101/05, que, por sua vez, consagra os princípios *i)* da preservação da empresa, *ii)* da função social e *iii)* do estímulo à atividade econômica, ao estabelecer que a recuperação judicial tenha por objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo assim a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Para Luccas (2015), esses princípios nucleares que revestem o instituto da recuperação judicial procuram traçar os exatos objetivos para os quais a lei foi estabelecida, assim como todos os pontos que deverão ser considerados para que se atinja o equilíbrio de interesses, no intuito de promover a recuperação de empresas viáveis.

Dessa forma, para uma economia que depende tanto da atividade empresarial, revela-se imprescindível que o Estado estabeleça meio de proteger e assegurar todo o sistema, uma vez que dele dependem diretamente a geração e a sustentabilidade dos empregos, a produção de riquezas, a circulação de renda, a arrecadação de tributos e, sobretudo, o próprio crescimento do País. Esse, portanto, é núcleo de proteção do que se denomina função social da empresa (LUCCAS, 2015).

Em relação ao princípio da função social da empresa, Lima e Parentoni (2009, p. 276) pontuam que

[...] a expressão função social “ligada às expressões ‘empresa’, ‘companhia’, ‘empresário’, ‘sociedade empresária’, ‘grupo de empresas’, ‘holding’, ‘subsidiária’ e outras que se queira acrescentar, traduz a preocupação de nosso legislador com a função (com o funcionamento) das sociedades empresárias. A função ou funcionamento deve desenvolver-se num ambiente de boa-fé e ocorrer com respeito a valores e princípios maiores, consagrados pelo Direito, vários deles enunciados na Carta da República brasileira de 1988. A preocupação do legislador manifesta-se não apenas nas legislações societária e falimentar, mas também em várias outras, como a tributária, a trabalhista, a previdenciária, a anticoncorrencial e a defesa do consumidor.

Quanto à importância do estímulo à atividade econômica, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88 - estabelece, em seu art. 170, a sua proteção que, por sua vez, está consubstanciada, sobretudo, na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa; e tem por fim assegurar, entre outros fins, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. Não há dúvidas, portanto, que a atividade econômica das empresas, no Brasil, possui tutela jurisdicional constitucional, com papel deveras importante no desenvolvimento da ordem econômica. Dessa maneira, a CR/88 e a Lei de Recuperação de Empresas - Lei n. 11.101/05 -, no tocante à recuperação judicial, têm em mira a proteção e o desenvolvimento do Estado (BORGES; BENACCHIO, 2015).

A respeito do princípio da preservação da empresa, Lazzarini (2009) assevera que esse, expressamente acolhido na Lei n. 11.101/05, dá uma nova característica à empresa, deslocando-a de uma condição limitada ao interesse de seus sócios para elevá-la ao patamar de interesse público. Com isso, a empresa passa, efetivamente, a ser considerada como uma instituição, e não mais como uma relação de natureza contratual, deixando de ter a dependência da vontade dos sócios para, no caso, passar a atender a outros interesses, como é o caso da função social da empresa, dos empregados, dos credores, do fisco, etc, que se sobrepõem ao interesse meramente privado dos sócios (LAZZARINI, 2009).

Na seara jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça - STJ - não destoa desses entendimentos, notadamente porque já assentou, em reiteradas decisões, que a recuperação judicial é norteadas, sobretudo, pelos princípios da preservação da empresa, da função social e do estímulo à atividade econômica, a teor do art. 47 da Lei n. 11.101/05 (AgRg no CC 129079/SP, AgRg no REsp 1462032/PR, REsp 1173735/RN, CC 111645/SP).

Nesse sentido, cabe aqui o registro do importante voto apresentado pela ministra Nancy Andrighi nos autos do Recurso Especial n. 1.166.600-RJ, para quem o princípio da preservação da empresa foi alçado como paradigma a ser promovido em nome do interesse público e coletivo, e não com esteio em meros interesses privados circunstancialmente envolvidos, visto que a empresa, na qualidade de importante instrumento de organização produtiva, encerra em si um feixe de múltiplos interesses, entre os quais se destacam os interesses dos sócios (majoritários e minoritários), dos credores, dos parceiros e fornecedores, dos empregados, dos consumidores e da comunidade (ante a geração de impostos, a criação de

postos de trabalho e a movimentação do mercado).

Na mesma linha, o ministro Luis Felipe Salomão, da Segunda Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça e um dos maiores especialistas do País em recuperação judicial e falência, asseverou que a “regra, portanto, é buscar salvar a empresa, desde que economicamente viável”, e que “a medida extrema da falência só deve ser decretada quando for inviável preservar a atividade” (SALOMÃO, 2015, p.15).

A ideia é, de fato, conservar a fonte econômica porque, diretamente, é mantida a circulação de bens e serviços, os empregos e a arrecadação de tributos. É o que se pode concluir, aliás, da exposição dos motivos da Lei n. 11.101/05, de autoria do então ministro da Justiça, Maurício Corrêa, segundo os quais se adota a recuperação da empresa em substituição à concordata suspensiva com a finalidade de proteger o interesse da economia nacional e o dos trabalhadores na manutenção dos seus empregos (CORRÊA, 2005).

Compartilhando desses mesmos ideais, Bezerra Filho (2009) pontua que a lei colocou como primeiro objetivo a manutenção da fonte produtora e a manutenção do emprego dos trabalhadores e, por consequência, a satisfação dos interesses dos credores.

Com o abono de tão ilustres juristas, pode-se afirmar, com segurança, que a recuperação judicial não cuida de favorecer o empresário devedor, mas sim de dar efetiva recuperação ao negócio, à fonte produtiva, de modo que possam ser mantidos os empregos, a circulação de renda, a arrecadação de tributos, assim como o pagamento dos credores; e, com isso, dar continuidade à cadeia produtiva e ao crescimento econômico e social do País.

Por tudo isso, e considerando a importância para a defesa da cidadania, da ordem jurídica, econômica e da adequação às condições contemporâneas da prática da indústria, do comércio e das demais práticas correlatas, é certo afirmar que a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas é um importante instrumento legal, que visa a assegurar direitos creditórios, devedores e, sobretudo, a fonte produtora de riqueza.

2 REQUISITOS PARA O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O art. 48, § 1º, da Lei n. 11.101/05, prevê, como regra, que a recuperação judicial somente poderá ser requerida pelo devedor **empresário**

ou à **sociedade empresária** (art. 1º), assim como pelo cônjuge sobrevivente, pelos herdeiros do devedor, pelo inventariante ou pelo sócio remanescente. Da mesma maneira, o art. 122, parágrafo único, da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações, estabelece que, em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de concordata poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a assembleia-geral para manifestar-se sobre a matéria.

Contudo, estão excluídos do processo de recuperação judicial a empresa pública e a sociedade de economia mista, a instituição financeira pública ou privada, a cooperativa de crédito, o consórcio, a entidade de previdência complementar, a sociedade operadora de plano de assistência à saúde, a sociedade seguradora, a sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores, que têm legislação específica para tratar de sua liquidação em caso de insolvência (Lei n. 11.101/05, art. 2º).

Com relação ao cooperativismo, o art. 2º, II, da Lei n. 11.101/05 excluiu expressamente a cooperativa de crédito do rol de legitimados à concessão da recuperação judicial. Nada foi dito, porém, a respeito da cooperativa rural.

Nesse ponto, existe atualmente ampla discussão, na doutrina e na jurisprudência, sobre a possibilidade ou não de concessão de recuperação judicial às cooperativas rurais, notadamente em razão de seu regime jurídico e da legislação específica que a regulamenta. Contudo, já há decisões que concedem e negam a recuperação judicial às cooperativas¹. As que negam apoiam-se, sobretudo, no argumento de que as cooperativas não estão sujeitas à falência por terem natureza civil e praticarem atividades não empresárias, devendo prevalecer a forma de liquidação prevista na Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Por sua vez, as decisões que concedem a recuperação judicial sustentam o entendimento de que não há vedação expressa na Lei n. 11.101/05 em relação às cooperativas rurais, como ocorreu com as cooperativas de crédito. Portanto, se a opção do legislador fosse também alcançar as cooperativas rurais, haveria vedação direta nesse sentido.

Com essas observações em relação aos legitimados, a lei recuperacional estabelece, na sequência, que poderá requerer a recuperação

¹ Negando: TJSP: Ap. 9162268-38.2006.8.26.0000; TJMG: 0319705-88.2011.8.13.0000; STJ: REsp 1.202.225/SP; STJ: AgRg no REsp. 999.134/PR; Concedendo: N. 019.011.000925-5/1ª Vara Cível de Alpinópolis/MG; 0045061-40.2010.8.21.0011/3ª Vara Cível da Comarca de Cruz Alta/RS.

judicial o empresário devedor que, no momento do pedido: *i*) exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos; *ii*) não seja falido; e, se o foi, que estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; *iii*) não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial; *iv*) não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V [...] ; e, *v*) não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na lei de recuperação e falência (art. 48 da Lei n. 11.101/05).

Todos os requisitos supramencionados são cumulativos, de modo que não é facultado ao empresário ou à sociedade empresária escolher quais deles devem cumprir para requerer recuperação judicial. O não cumprimento de qualquer um dos requisitos legalmente listados anteriormente acarretará no indeferimento do processamento previsto no art. 52 da Lei de Recuperação de Empresas.

Convém registrar, ademais, que a concessão da recuperação judicial ocorre somente com a homologação do plano apresentado (art. 58, *caput*), e não apenas com o deferimento do processamento do pedido (art. 52, *caput*), que é o despacho judicial que inaugura efetivamente o processo recuperacional em razão do cumprimento dos requisitos objetivos elencados no art. 51 da Lei de Recuperação Judicial. Corroborando essa assertiva, registra-se o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP: AI n. 537.763.4/7. Des. José Roberto Lino Machado. Câmara Especial de Falências e Recuperação Judicial de Direito Privado, 8/8/2008.

Com isso, mesmo que o empresário ou a sociedade empresária impetrem pedido de recuperação judicial e esse seja, em um primeiro momento, deferido, ou seja, o processamento, não significa que não se possa fazer novo pedido em um prazo menor que cinco anos, caso o processo anterior (tão somente com o deferimento do processamento) seja extinto, por exemplo. Isso ocorre porque o prazo somente deverá ser computado a partir do momento em que o plano de recuperação for efetivamente homologado e a recuperação judicial for concedida, nos termos do art. 58 da Lei n. 11.101/05.

3 CRÉDITOS SUJEITOS OU EXCLUÍDOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Nos termos do art. 49 da Lei n. 11.101/05, estão sujeitos à recuperação judicial os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, não se submetendo aos seus efeitos os créditos posteriores ao pleito recuperacional. Entretanto, o § 3º do mencionado artigo faz algumas ressalvas ao estabelecer que, tratando-se o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial, e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais.

Esse é também o entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (CC 131656/PE, AgRg no REsp 1306924/SP, AgRg nos EDcl na MC 022761/MS).

Contudo, não se permite que, durante o prazo de 180 dias a que se refere o § 4º do art. 6º da Lei n. 11.101/05, ocorra a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial. Aliás, nesse ponto, há diversas decisões judiciais no sentido de que esses bens devem permanecer na empresa por prazo indeterminado, caso haja comprovação de que eles sejam imprescindíveis para o desenvolvimento das atividades do devedor (AgRg no AREsp 511601/MG, AgRg no CC 127629/MT, CC 139190/PE, CC 137003/PA).

Não se sujeita ainda à recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 4º, da Lei n. 11.101/05, a importância entregue ao devedor, em moeda nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente.

Nesse contexto, ao tratar dessas ressalvas, Salomão (2015) disserta que parte da doutrina denominou de “trava bancária, ou seja, os créditos não sujeitos, ou submetidos apenas parcialmente, ao concurso na recuperação e na falência, especialmente os provenientes de operações bancárias (art. 49, § 3º e § 4º; arts. 85 e 86, II, da Lei n. 11.101/05).

Além disso, os créditos de natureza fiscal, salvo em caso de parcelamento, não se submetem ao procedimento de recuperação judicial (art.

6º, § 7º, da Lei n. 11.101/05), mas apenas à falência (art. 83, III, da Lei n. 11.101/05). Contudo, os atos que importem em constrição ou alienação do patrimônio da recuperanda devem submeter-se ao juízo no qual se processa a recuperação judicial (STJ: EDcl no REsp 1505290/MG, AgRg no CC 136040/GO).

4 CONCEITO DE ATIVIDADE RURAL E DE PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA E JURÍDICA

As atividades rurais, no Brasil, de forma genérica, são exploradas economicamente pelos produtores rurais e agroindustriais de grande porte, aqui inseridos no agronegócio, com vocação principalmente para a produção para o mercado externo, e/ou pelos agricultores familiares, que predominantemente utilizam a mão de obra do próprio núcleo familiar no empreendimento, geralmente em pequenas e médias propriedades rurais, e visam à própria subsistência e ao atendimento do mercado regional.

Nesse contexto, a Instrução Normativa SRF 83, de 11 de outubro de 2001, da Secretaria da Receita Federal, que dispõe sobre a tributação dos resultados da atividade rural das pessoas físicas, estabelece, em seu art. 2º, considerar **atividade rural**: *i)* agricultura; *ii)* pecuária; *iii)* extração e a exploração vegetal e animal; *iv)* apicultura; *v)* avicultura; *vi)* cunicultura; *vii)* suinocultura; *viii)* sericicultura; *ix)* piscicultura e outras culturas de pequenos animais; *x)* captura de pescado com características artesanais; *xi)* transformação de produtos decorrentes da atividade rural, sem que sejam alteradas as características do produto *in natura*, feita pelo próprio agricultor ou criador, utilizando exclusivamente matéria-prima produzida na área rural explorada, tais como: *a)* beneficiamento e transformação de produtos agrícolas, zootécnicos e florestais; e *b)* produção de embriões de rebanho em geral, alevinos e girinos, em propriedade rural, independentemente de sua destinação (reprodução ou comercialização).

Também se considera **atividade rural**, nos termos do art. 59 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, o cultivo de florestas que se destinem ao corte para comercialização, consumo ou industrialização.

Por outro lado, não se considera atividade rural, segundo o art. 4º da Instrução Normativa SRF n. 83/2011: *i)* industrialização de produtos; *ii)* comercialização de produtos rurais de terceiros e compra e venda de rebanho com permanência em poder do contribuinte em prazo inferior a 52 dias, quando em regime de confinamento, ou a 138 dias, nos demais

casos; *iii*) beneficiamento ou industrialização de pescado *in natura*; *iv*) ganho auferido por proprietário de rebanho, entregue, mediante contrato por escrito, a outra parte contratante para o fim específico de procriação, ainda que o rendimento seja predeterminado em número de animais; as receitas provenientes do aluguel ou arrendamento de máquinas, equipamentos agrícolas e pastagens, e da prestação de serviços de transportes de produtos de terceiros; *v*) receitas decorrentes da venda de recursos minerais extraídos de propriedade rural; *vi*) receitas de vendas de produtos agropecuários recebidos em herança ou doação, quando o herdeiro ou donatário não explore atividade rural; *vii*) receitas financeiras de aplicações de recursos no período compreendido entre dois ciclos de produção; *viii*) valores dos prêmios ganhos, a qualquer título, pelos animais que participarem em concursos, competições, feiras e exposições; *ix*) prêmios recebidos de entidades promotoras de competições hípcas pelos proprietários, criadores e profissionais do turfe; e, *x*) as receitas oriundas da exploração do turismo rural e de hotel-fazenda.

No tocante ao conceito de **produtor rural**, o inciso I do art. 165 da IN RFB n. 971/2009 define-o como a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que desenvolve, em área urbana ou rural, a atividade agropecuária, pesqueira ou silvicultural, bem como a extração de produtos primários, vegetais ou animais, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos.

Quanto à configuração de **produtor rural pessoa física**, os itens 1 e 2 da alínea “a” do supramencionado inciso I estabelecem que esse é quem, na condição de proprietário, parceiro, meeiro, comodatário ou arrendatário, pescador artesanal ou a ele assemelhado, exerce a atividade individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros. Também se enquadram nessa categoria seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 16 (dezesesseis) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem comprovadamente com o grupo familiar. Assim também se classifica aquele que explora atividade agropecuária ou pesqueira na condição de pessoa física, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos e com auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua.

Em relação ao conceito de **produtor rural pessoa jurídica**, os itens 1 e 2 da alínea “b” do inciso I do art. 165 acima referido, estabelecem tratar-se daquele que fora constituído sob a forma de firma individual ou de

empresário individual, assim considerado pelo art. 931 da Lei n. 10.406, de 2002 - Código Civil - ou de sociedade empresária, que tem como fim apenas a atividade de produção rural, observado o disposto no inciso III do § 2º do art. 175 da IN RFB n. 971/2009. Também é considerado produtor rural pessoa jurídica a agroindústria (22-A da Lei n. 8.212/91) que desenvolve as atividades de produção rural e de industrialização da produção rural própria e da produção adquirida de terceiros, e que mantém abatedouro de animais da produção própria e da adquirida de terceiros (art. 165, § 3º, da IN RFB n. 971/2009).

5 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA

Conforme já foi destacado neste trabalho, a recuperação judicial pode ser requerida por aquele que se encaixe no conceito de empresário individual e de sociedade empresária, denominado simplesmente como devedor, consoante o disposto no art. 1º da Lei n. 11.101/05.

O conceito de empresário, por sua vez, é definido pelo Código Civil, que assim dispõe em seu art. 966: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Em relação ao conceito de sociedade empresária, o art. 982 do Código Civil determina que, “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito ao registro (art. 967); e, simples, as demais”. Além disso, independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e simples, a cooperativa.

Por sua vez, o art. 967 do Código Civil impõe ser obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Além disso, o *caput* do art. 48 da Lei n. 11.101/05 estabelece que a recuperação judicial poderá ser requerida pelo devedor empresário que exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos. Portanto, a partir de uma interpretação expressa e literal dos dispositivos legais supramencionados, somente o empresário e/ou a sociedade empresária, devidamente regularizados perante os órgãos competentes há mais de dois anos poderão impetrar pedido de recuperação judicial.

Nesse contexto, a questão nuclear do presente trabalho diz respeito-

to: *i*) à possibilidade - ou não - de o produtor rural, não inscrito no registro mercantil, e ou *ii*) registrado, há menos de dois anos, requerer recuperação judicial. Ou seja, na primeira hipótese, o produtor rural de fato não possui registro mercantil quando do requerimento recuperacional, ao passo que, na segunda, o registro existe; contudo, há menos de dois anos.

Esses questionamentos ocorrem justamente porque não existe na lei previsão que faculte expressamente ao produtor rural pessoa física, não inscrito no Registro Público das Empresas Mercantis, o requerimento de recuperação judicial, visto que a referida lei disciplina a recuperação judicial do empresário e da sociedade empresária (art. 1º, da Lei n. 11.101/05; arts. 966, 967, 968 e 982, ambos do Código Civil).

Entretanto, conforme se verifica do conceito de atividade rural e, sobretudo, de produtor rural, ainda que não inscrito no registro mercantil, não há dúvidas de que esse pratica, de fato, atos de empresa, notadamente quando exerce atividade rurícola conjugada com operações negociais, com a finalidade de obter lucro, situação que, indiscutivelmente, configura o gerenciamento de célula empresarial (GUTIERREZ, 2016).

De fato, a grande maioria dos produtores rurais exerce seu ofício rural no âmbito familiar, na condição de pessoa física e sem o registro legal de empresário.

Em relação à natureza jurídica do produtor rural, Pereira Calças (2009) assevera que o Código Civil atual não exige do agricultor - e tampouco do pecuarista - o registro obrigatório na Junta Comercial (arts. 966 e 967). Todavia, o art. 971 estabelece que “o empresário cuja atividade rural constitua sua principal profissão poderá inscrever-se no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ele ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito ao registro”.

Com isso, inscrito na Junta Comercial, o produtor rural deverá escriturar, de forma contábil, os livros empresariais obrigatórios, e elaborar, anualmente, o balanço patrimonial e de resultado econômico (art. 1.179 do CC), ficando equiparado à pessoa jurídica para fins do imposto de renda (art. 150, I, do Decreto n. 3.000/99); e, por consequência, sujeito à falência, se caracterizadas as hipóteses do art. 94 da Lei n. 11.101/05, assim como à recuperação judicial, nos termos do art. 48 da Lei n. 11.101/05.

Nesse contexto, o TJSP já consolidou o entendimento de que produtor rural não pode beneficiar-se nem ser prejudicado pela disciplina da recuperação judicial e da falência, se não estiver inscrito no registro

público competente, pois sua equiparação a empresário só ocorre com a referida inscrição (Agravo de Instrumento nº 9031524-47.2009.8.26.0000. Rel. Des. Lino Machado, 6/7/2010).

Com efeito, o que a legislação pretende com o mencionado registro é inibir que os oportunistas ou pessoas ávidas por riscos se beneficiem do sistema de recuperação, inibindo também a obtenção de vantagem ou benefício por quem, aventurando-se e assumindo riscos, exerça atividade econômica sem estar devidamente matriculado para tanto na forma do previsto no Código Civil para qualquer empresário, pessoa natural ou jurídica (SZTAJN, 2007).

Portanto, se não houver a efetiva inscrição de ordem empresarial, o produtor rural pessoa física não será equiparado a empresário para os fins do art. 1º da Lei n. 11.101/05.

É importante esclarecer, ainda, que a inscrição do produtor rural no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas - CNPJ -, por si só, não o equipara, de fato e de direito, à condição de empresário para fins do direito à recuperação judicial. Esse é o entendimento hoje dominante nos tribunais, segundo exemplo tirado de julgamento realizado pelo TJSP, para quem a inscrição do produtor rural no CNPJ não o equipara a empresário para fins de direito (A.I. n. 6481984200. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Publicação: 15/09/2009).

Além da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, o *caput* do art. 48 da Lei n.11.101/05 exige que, no momento do pedido, essa inscrição tenha ocorrido no prazo superior a dois anos. Nesse aspecto, uma corrente jurisprudencial entende que deve prevalecer uma interpretação expressa e literal do *caput* do artigo 48; e com isso o produtor rural deve comprovar, cumulativamente, na fase da impetração da recuperação judicial, a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis; e que essa inscrição foi feita há mais de dois anos.

Um exemplo disso é a decisão proferida em 15 de junho de 2016 pelo TJMT (Agravo de Instrumento n. 0084928-42.2016.8.11.0000), que não admitiu, no caso da recuperação da Bom Jesus Agropecuária Ltda., o processamento da recuperação judicial em relação aos produtores rurais pessoas físicas que impetraram essa ação, visto que não ficou comprovado o preenchimento do prazo bienal previsto na legislação (art. 48, *caput*, e art. 51, V, ambos da Lei n. 11.101/05).

Nesse caso específico, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso - TJMT -entendeu que, apesar de os produtores rurais terem com-

provado a existência do registro de empresário, ficou demonstrado, por outro lado, que a formalização havia ocorrido aproximadamente dois meses antes da impetração do requerimento de recuperação judicial, contrariando, assim, a exigência legal de dois anos.

Entretanto, para uma segunda corrente jurisprudencial, não significa que o produtor rural pessoa física que fez a opção pelo registro mercantil há menos de dois anos, e antes do ajuizamento da recuperação judicial, não possa demonstrar, por outras provas, o exercício do ofício rural no período exigido pela norma. Exemplo prático disso aconteceu nos autos do processo n. 1001565-26.2016.8.26.0291, em trâmite perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Jaboticabal/SP. Nesse caso, produtores rurais que atuam há mais de trinta anos no cultivo da cana-de-açúcar, amendoim, arroz e soja, e que estavam inscritos na Junta Comercial do Estado de São Paulo há menos de dois anos, contrariando, a princípio, o disposto no *caput* do art. 48 da Lei n. 11.101/05, obtiveram provimento jurisdicional que autorizou o processamento do pedido de recuperação judicial.

Para essa corrente jurisprudencial, portanto, deve, sim, haver o registro empresarial anterior à impetração da recuperação judicial. Contudo, a comprovação da regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido no *caput* do art. 48 da Lei n. 11.101/05 deve ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade do exercício profissional (critério material), e não somente a partir da prova da existência de registro do empresário ou ente empresarial por aquele lapso temporal (critério formal).

Esse, inclusive, é o entendimento atualmente adotado pelo TJSP (A.I. nº 2037064-59.2013.8.26.0000. Des. José Reynaldo - 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial - 22/9/2014).

Há, ainda, uma terceira corrente, que defende que a inscrição no registro público de empresas mercantis não é condição imprescindível para a concessão da recuperação judicial ao produtor rural, uma vez que este não está obrigado a inscrever-se (art. 971 do Código Civil), e que a qualidade jurídica de empresário não é conferida pela formalidade junto ao órgão das empresas mercantis, mas sim pelo efetivo exercício da atividade profissional, razão pela qual se estará diante de efeito meramente declaratório - e não constitutivo - do registro.

É citado, ainda, pelos defensores dessa tese, o enunciado n. 198, aprovado na III Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que aduz que a inscrição do

empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário.

Registram também os defensores dessa terceira corrente que o art. 2º da Lei n. 11.101/05 exclui expressamente de sua incidência somente as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as instituições financeiras, as de consórcios, as de seguradores e outras a elas equiparadas, de modo que, nos termos dessas exceções, estariam contempladas as demais pessoas físicas e jurídicas que ostentam a qualidade de fato de empresários.

Eles anotam, por fim, que os princípios positivados no art. 47 da Lei de Falência e Recuperação de Empresas visam especialmente à manutenção da fonte produtora e à preservação das relações de trabalho envolvidas, razão pela qual não se pode, por causa de uma interpretação expressa e literal da norma, perder de vista os propósitos que, efetivamente, orientam a recuperação judicial.

Para essa terceira corrente, portanto, apesar da ausência de inscrição do produtor rural no Registro Público de Empresas, devem ser tutelados os interesses econômicos e sociais almejados pelo legislador, os quais constituem, efetivamente, os objetivos da recuperação judicial, instituto voltado à preservação da empresa, à observância de sua função social e ao estímulo da atividade econômica.

Todos os argumentos acima expostos, que norteiam a terceira corrente, orientaram o voto proferido pela ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial 1.193.115/MT (2010/0083724-4), no qual produtores rurais, desprovidos de registro empresarial, na época do ajuizamento postularam a tutela da recuperação judicial. Nesse caso, os produtores rurais pessoas físicas obtiveram o registro empresarial somente após 55 dias do ajuizamento do requerimento.

Entretanto, a despeito dos relevantes argumentos apresentados pela ministra Nancy Andrighi, prevaleceu ao caso o voto-vista defendido pelo ministro Sidnei Beneti no sentido de que é impossível afastar a disposição expressa e literal do art. 48 da Lei n. 11.101/05 somente em razão do princípio genérico da preservação da empresa (art. 47), visto que a documentação é essencial à caracterização legal do estado de comerciante e, sobretudo, para a qualificação especial para a postulação de recuperação

judicial.

Além disso, o ministro Sidnei Beneti registrou, em seu voto-vista, que, caso fosse dispensada a comprovação da condição de empresário, estaria aberta larga porta para a tentativa de inserção, no regime de recuperação judicial, de situações fáticas de negócios nutridos da mais absoluta falta de formalidade comercial, com as notórias consequências do agir à margem da lei. Além disso, segundo o ministro Sidnei Beneti, a jurisprudência já dispensou a exigência de comprovação do registro durante todo o período mínimo de dois anos, mas jamais dispensou a exigência legal de comprovação documental da condição de comerciante.

No mesmo sentido, e acompanhando o voto-vista do ministro Sidnei Beneti, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino acrescentou em seu voto que, no momento em que se admitir a recuperação judicial de agricultores não inscritos, não registrados, abrir-se-á um precedente - realmente enorme - em um País em que a agricultura tem um peso significativo na nossa economia. Com isso, deve-se estimular o registro e a regularização das empresas agrárias pelos agricultores brasileiros, como, aliás, é permitido no Código Civil, de modo a tornar mais profissional essa atividade fundamental para a economia brasileira.

Por essas razões, após o voto-vista do ministro Sidnei Beneti, que foi acompanhado pelos ministros João Otávio de Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva, divergindo da posição adotada pela relatora, ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma de Direito Privado do STJ negou, por maioria, provimento ao Recurso Especial n. 1.193.115/MT.

Não houve, contudo, o necessário enfrentamento jurisdicional a respeito da aplicação ou não da Lei de Falência e Recuperação Judicial ao produtor rural, independentemente de registro mercantil. Dessa forma, apenas ficou reafirmado ser necessária, para fins de recuperação judicial, a comprovação de inscrição na Junta Comercial, não substituída por inscrição ou registro em órgão público diverso.

A despeito das divergências acima relatadas, produtores rurais têm obtido decisões favoráveis com base na segunda corrente jurisprudencial, consolidada no TJSP, no sentido de que o produtor rural deve comprovar inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis e que essa inscrição ocorreu em período anterior ao requerimento de recuperação judicial. Entretanto, a prova de que ele exerce suas atividades profissionais em período superior a dois anos deve ser aferida pela constatação da manu-

tenção e continuidade do exercício profissional, e não somente a partir da prova objetiva da existência de registro do empresário ou ente empresarial por aquele lapso temporal.

Por todas as razões expostas, comungamos desse mesmo entendimento, razão pela qual nos filiamos à segunda corrente jurisprudencial.

6 O PROJETO DE LEI N. 6.279-a

Merece destaque, ainda, o projeto de Lei n. 6.279-a/2013, de autoria do deputado federal Jerônimo Goergen (PP/RS), que tem por objetivo alterar a Lei de Falência e Recuperação Judicial para permitir ao produtor rural pessoa física comprovar o prazo estabelecido no *caput* do art. 48 com a Declaração de Imposto de Renda.

A justificativa para o projeto, segundo o autor, reside no fato de que o ingresso do produtor no regime jurídico empresarial - que lhe permitirá a utilização da recuperação judicial na forma que hoje está inscrita na Lei n. 11.101/05 - facultado pelo art. 971 do Código Civil, além de não se ter popularizado entre os agricultores, condiciona a recuperação judicial ao registro prévio perante a Junta Comercial pelo prazo de dois anos. Cria-se, pois, uma lacuna na legislação brasileira, que não oferece mecanismos para a superação da crise do agricultor que não tenha optado pelo registro na Junta Comercial (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

Atualmente, o projeto tramita nas diversas comissões da Câmara dos Deputados e, caso aprovado, positivará o entendimento hoje adotado pelo TJSP, facilitando, com isso, a concessão da recuperação judicial ao produtor rural.

CONCLUSÕES

Em tempos de crise político-econômica, a procura pelo instituto da recuperação judicial tem obtido crescimento exponencial, notadamente como último meio de evitar a falência. Não há dúvida, portanto, que a recuperação judicial é um importante instrumento de administração judicial da situação de crise econômico-financeira do empresário, que pode viabilizar a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. Trata-se, dessa maneira, de instituto de proteção de direitos sociais e coletivos, nos termos dos princípios da função social, da preservação da empresa e do estímulo econômico, insculpidos no art. 47

da Lei n. 11.101/05.

Assim, no decorrer do presente trabalho foi possível delinear os principais aspectos estruturais do instituto da recuperação judicial, assim como os requisitos necessários para o deferimento da tutela recuperacional ao produtor rural, notadamente ao não inscrito no registro público das empresas mercantis.

Verificou-se, ainda, que o ponto central da controvérsia sobre a concessão da recuperação judicial ao produtor rural pessoa física diz respeito à necessidade - ou não - de se estar registrado no órgão público de empresas mercantis, assim como os meios que poderão ser utilizados para comprovar a existência de atividade regular pelo prazo de dois anos, anterior ao requerimento recuperacional.

Nesse contexto, verificou-se que, para a primeira corrente jurisprudencial, deve prevalecer uma interpretação expressa e literal do *caput* do artigo 48 da Lei n. 11.101/05; e, com isso, o produtor rural deve comprovar, objetivamente, na fase de impetração da recuperação judicial, a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis; e como se deu essa inscrição, efetivamente, há mais de dois anos. Esse é o entendimento atualmente defendido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.

Entretanto, para a segunda corrente jurisprudencial, à qual nos filiamos e que está alicerçada no entendimento consolidado no TJSP, deve haver o registro empresarial antes do requerimento; contudo, a comprovação da regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido no *caput* do art. 48 da Lei n. 11.101/05 pode ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade do exercício profissional, e não somente a partir da prova da existência de registro do empresário ou do ente empresarial por aquele lapso temporal.

Para a terceira corrente jurisprudencial, defendida pela ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial n. 1.193.115/MT, a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis não é condição imprescindível para a concessão da recuperação judicial ao produtor rural, uma vez que ele não está obrigado a inscrever-se; e que devem ser tutelados os interesses econômicos e sociais almejados pelo legislador - que constituem, efetivamente, os objetivos da recuperação judicial, instituto voltado à preservação da empresa, à observância de sua função social e ao estímulo da atividade econômica.

Entretanto, prevaleceu no STJ o entendimento defendido pelo ministro Sidnei Beneti, que foi acompanhado pelos ministros João Otávio

de Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva no entendimento de que é impossível afastar a disposição expressa e literal do art. 48 da Lei de Falência e Recuperação de Empresas, tendo em vista que a documentação é essencial para a caracterização legal do estado de comerciante e, sobretudo, para a qualificação especial para a postulação de recuperação judicial. Além disso, o ministro Sidnei Beneti reconheceu, ainda, que a jurisprudência tem dispensado a exigência de comprovação do registro durante todo o período mínimo de dois anos, mas jamais dispensou a exigência legal de comprovação documental da condição de comerciante.

A despeito do resultado apontado pelo STJ no julgamento do REsp n. 1.193.115/MT, não houve o esperado enfrentamento jurisdicional a respeito da aplicação ou não da Lei n. 11.101/05 ao produtor rural não inscrito no registro empresarial. Com isso, apenas ficou reafirmado o entendimento de que é necessário, para fins de recuperação judicial, a comprovação de inscrição na Junta Comercial, não substituída por inscrição ou registro em órgão público diverso.

Portanto, em síntese conclusiva, não há, atualmente, segundo o STJ, meios legais de o produtor rural não inscrito no registro mercantil ter acesso ao instituto da recuperação judicial. E quanto à comprovação de atividade empresarial exigida pelo *caput* do art. 48 da Lei n. 11.101/05, há entendimento, consoante jurisprudência do TJMT, no sentido de que a prova deve ser feita, na fase da impetração, por meio de comprovante da existência de inscrição mercantil há pelo menos dois anos. Por outro lado, segundo o TJSP, o produtor rural pessoa física que fez a opção pelo registro mercantil há menos de dois anos e antes do ajuizamento da recuperação judicial pode demonstrar, por outras provas, o exercício efetivo do ofício rural no período exigido.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Fabiana. Valor Econômico: *País tem 79 usinas em recuperação judicial*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/agro/4409550/pais-tem-79-usinas-em-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência Comentada. Lei n. 11.101/2005. Comentada artigo por artigo*. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BORGES, Camila Aparecida; BENACCHIO, Marcelo. A Recuperação Judicial e o Direito Humano ao Desenvolvimento. In: *Comentários Completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências. V. II. Recuperação Judicial e Extrajudicial*. Coordenador: COSTA, Daniel Carnio. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988*.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

BRASIL. *Instrução Normativa RFB n. 971, de 13 de novembro de 2009*. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15937&>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

BRASIL. *Instrução Normativa SRF n. 83, de 11 de outubro de 2001*. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=14387>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

BRASIL. *Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

BRASIL. *Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 6.279-a, de 5 de setembro de 2013*. Autor: Deputado Federal Jerônimo Goergen-PP/RS. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=590868>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

CORRÊA, Mauricio. *Exposição de motivos à Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-exposicaodemotivos-150148-pl.html>>. Acesso em: 2 ago. 2016.

DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Da concordata à recuperação: investigando a recuperação judicial. In: *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos*. Coordenação: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Organização: ANTONIO, Nilva Maria Leonardi. São Paulo: *Quartier Latin*, 2009, p. 86-87.

GUTIERREZ, Lívia. Consultor Jurídico: *Assim como o empresário, produtor tem direito à recuperação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/livia-gutierrez-produtor-rural-direito-recuperao-judicial>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Sala de Imprensa. *PIB recua 3,6% em 2016 e fecha ano em R\$ 6,3 trilhões*. Brasília, 7 de março de 2017. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=3384>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Sala de Imprensa. *PNAD Contínua: taxa de desocupação chega a 13,2% no trimestre encerrado em fevereiro de 2017*. Brasília, 31 de março de 2017. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias.html?view=noticia&id=1&idnoticia=3401&busca=1&t=pnad-continua-taxa-desocupacao-chega-13-2-trimestre-encerrado-fevereiro-2017>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas. In: *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos*. Coordenação: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Organização: ANTONIO, Nilva Maria Leonardi. São Paulo: *Quartier Latin*, 2009, p. 124-125.

LIMA, Osmar Brina Corrêa; PARENTONI, Leonardo Netto. Gargalos no Procedimento da Recuperação Judicial de Empresas. In: *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos*. V. 2. Coordenação: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Organização: ANTONIO, Nilva Maria Leonardi. São Paulo: *Quartier Latin*, 2012, p. 276.

LUCCAS, Fernando Pompeu. Aspectos Gerais e Princípios. In: *Comentários Completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências. V. II. Recuperação Judicial e Extrajudicial*. Coordenador: COSTA, Daniel Carnio. Curitiba: Juruá, 2015, p. 18.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. *Agravo de Instrumento n. 0343412-93.2009.8.26.0000*. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=A8C155030F33E93AC8F20C2ACF403589.cjsg3?nuProcOrigem=&nuRegistro=02564734>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Aspectos Gerais da Lei de Recuperação de Empresas. In: *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 15; 196.

SERASA. Falências e Recuperações: Número de recuperações judiciais bate recorde histórico para o semestre. Disponível em: <<http://noticias.serasaexperian.com.br/numero-de-recuperacoes-judiciais-bate-recorde-historico-para-o-semester-revela-serasa-experian/>>. Acesso em: 27 jul.2016.

SZTAJN, Rachel. Da Recuperação Judicial. Capítulo III. Comentários ao art. 48 da Lei n. 11.101/2005. In: *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: lei n. 11.101/2005*. Coordenação: SOUZA JÚNIOR, Francisco de Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. 2. ed. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 224-225.

Artigo recebido em: 15/02/2017.

Artigo aceito em: 03/05/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

PIGATTO, Gessuir; TAMARINDO, Ubirajara Garcia Ferreira; BRAGA JUNIOR, Sergio Silva. A Recuperação Judicial do Produtor Rural Pessoa Física: Requisitos Legais e Jurisprudenciais. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 303-328, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1008>>. Acesso em: dia mês. ano.

A DIMENSÃO SOCIOAMBIENTAL DO ESTADO DE DIREITO¹

Ana Paula Maciel Costa Kalil

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).
E-mail: anapaulamaciel75@gmail.com

Heline Sivini Ferreira

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
Professora Adjunta do Curso de Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito
da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).
E-mail: hzivini@yahoo.com.br

RESUMO

A sociedade mundial tem vivenciado profundas e significativas mudanças, que têm ensejado questionamentos radicais e múltiplas redefinições. Está-se diante de uma crise paradigmática. À vista desses fenômenos, o presente artigo propõe-se a abordar a progressiva relevância da temática socioambiental a partir das lentes da teoria dos direitos fundamentais na formação do projeto jurídico-constitucional hodierno, insculpido da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88. Com base na pesquisa bibliográfica, demonstra-se, por indução, que a complexidade dos problemas ambientais enfrentados e as novas reivindicações das sociedades na conjugação dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, particularmente pela ênfase conferida à proteção do macrobem ambiental, consagraram o direito a um meio ambiente equilibrado como direito humano e fundamental. A emergência dessa consciência, conjugada com o respeito à dignidade da pessoa humana, enseja a preocupação com um comportamento ético e socioambientalmente responsável. Nessa pers-

¹ Pesquisa desenvolvida no âmbito do projeto 'Caracteres do Constitucionalismo Andino no Estado Socioambiental de Direito', aprovado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Edital MCTI/CNPQ/Universal 14/2014).

pectiva, conclui-se que a situação passa a exigir uma profunda mudança no *standard* atual de Estado, que seja condizente com essa preocupação, qualificando-o de Estado Socioambiental de Direito.

Palavras-chave: Crise socioambiental. Meio ambiente. Princípio da dignidade da pessoa humana. Estado de Direito.

THE SOCIO-ENVIRONMENTAL DIMENSION OF THE LEGAL STATE

ABSTRACT

The world society has experienced profound and significant changes that have led to radical questions and multiple redefinitions. A paradigmatic crisis is being faced. Due to these phenomena, the present article proposes to address the growing relevance of the socio-environmental theme from the fundamental rights perspective in shaping the legal and constitutional project designed nowadays, as inserted in the CRFB/88. Through bibliographic research, it is shown, by induction, that the complexity of environmental problems as well as the new claims of societies for the conjugation of first, second and third dimensions of rights, particularly because of the emphasis given to the protection of the environment, has motivated the recognition of the ecological balanced environment as a human and a fundamental right. The emergence of this consciousness, conjugated with the respect of the principle of human dignity, has develop a new pattern of behavior, which is guided by socio-environmental ethics and responsibility. This context, therefore, requires a deep change in the current standard of the State, wich is compatible with this concern, qualifying it of the Social-Environmental Legal State.

Keywords: Socioenvironmental crisis. Environment. Principle of human dignity. Legal State.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo abordar a progressiva relevância da temática socioambiental a partir das lentes da teoria dos direitos fundamentais na formatação do projeto jurídico-constitucional hodierno, insculpido da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88.

Assim, verifica-se que, para a compreensão da incorporação da dimensão socioambiental no Estado de Direito, é preciso detectar o contínuo interesse pelas questões socioambientais, de forma a analisá-las a partir do aumento da preocupação ambiental. Nessa perspectiva, importa considerar o movimento de constitucionalização da garantia dos processos ecológicos e o conseqüente *esverdeamento*² do direito em suas dimensões, destacando-se as necessidades impostas ao ordenamento jusambiental pela sociedade moderna; e, ainda, o movimento da rediscussão da dignidade da pessoa humana no contexto socioambiental.

A dignidade humana, entendida como primado ou alicerce que vincula a realização das tarefas estatais, adquire um significado diferenciado quando contextualizada numa sociedade plural e axiologicamente complexa, cuja ordem se encontra permanentemente aberta para resguardar, em sua esfera protetiva, a natureza *de per se*. Nesse sentido, faz-se mister agregar novas tarefas ao Estado de Direito, tendo em vista a reivindicação por uma solidariedade intergeracional bem distante da racionalidade jurídica clássica.

Percebe-se, portanto, que a crise socioambiental traz consigo uma nova dimensão de direitos fundamentais - chamada de terceira dimensão - a qual impõe ao Estado de Direito o desafio de inserir, entre suas tarefas prioritárias, a proteção do meio ambiente. Desvencilha-se de uma visão puramente antropocêntrica para o antropocentrismo alargado, que justifica um novo *standard* estatal, cujos fundamentos se desenvolvem sobre prescrições constitucionais, democráticas, sociais e ambientais.

Portanto, com foco em uma revisão bibliográfica, a exemplo de Sarlet, Morato Leite, Canotilho, Wolkmer, Lima, Sánches Rubio, Kloepfer e Benjamin, entre outros, destaca-se que a crise socioambiental reclama a reformulação dos pilares de sustentação do Estado, por meio do estabelecimento de uma política voltada para o uso sustentável dos recursos,

² Expressão cunhada por Vasco Pereira da Silva na obra *Verde cor de direito: lições de Direito do ambiente*, ao tratar do esverdeamento da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, assim como da ordem jurídica como um todo.

considerando as futuras gerações.

Em decorrência disso, evidenciou-se, por fim, que a dimensão socioambiental está plenamente contextualizada na CRFB/88, demonstrando a proximidade entre seus objetivos e o conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos deveres estatais de proteção ambiental. Essa proximidade é essencial na persecução de uma condição ambiental capaz de favorecer a harmonia entre os ecossistemas e, por conseguinte, garantir a plena satisfação da dignidade para além dos seres humanos, sendo esse novo modelo qualificado por alguns autores, como Sarlet (2010), como Estado Socioambiental de Direito.

1 DO SOCIOAMBIENTALISMO

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, no ano de 1992, chamada Eco-92, é considerada por Santilli (2005, p. 43) como o marco histórico do ambientalismo nacional e internacional. Nessa ocasião, segundo essa autora, foram assinados diversos documentos importantes para o desenvolvimento da concepção do socioambientalismo, prevendo a implementação de formulações políticas, sociais e ambientais em todo o mundo. Essa conferência trouxe grande visibilidade política para os movimentos ambientalistas e para muitos dos temas das agendas nacional e global.

Em virtude da Eco-92, foi criado o Fórum Brasileiro de Organizações Não Governamentais e Movimentos Sociais para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, que tem desempenhado papel essencial na promoção da participação da sociedade brasileira no que se refere às articulações entre movimentos sociais e ambientalistas.

Santilli (2005, p. 34), ao discorrer sobre o movimento socioambiental e sua evolução histórica e conceitual, sintetizou que

o socioambientalismo [...] desenvolveu-se com base na concepção de que, em um país pobre e com tantas desigualdades sociais, um novo paradigma de desenvolvimento deve promover não só a sustentabilidade estritamente ambiental – ou seja, a sustentabilidade das espécies, ecossistemas e processos ecológicos – como também a sustentabilidade social – ou seja, deve contribuir também para a redução da pobreza e das desigualdades sociais e promover valores como justiça social e equidade. Além disso, o novo paradigma de desenvolvimento preconizado pelo socioambientalismo deve promover e valorizar a diversidade cultural e a consolidação do processo demo-

crático no país, com ampla participação social na gestão ambiental.

Ainda no decorrer do processo, importa destacar o surgimento do socioambientalismo brasileiro a partir da segunda metade de 1980, fruto de articulações entre movimentos sociais e ambientalistas, realizadas, também, pelo Instituto Socioambiental - ISA -³ na defesa dos bens e direitos sociais, coletivos e difusos relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos, mediante propostas integrativas dos bens e direitos socioambientais, tangíveis e intangíveis.

Para Marés (2002, p. 38) os bens socioambientais

São todos aqueles que adquirem essencialidade para a manutenção da vida de todas as espécies (biodiversidade) e de todas as culturas humanas (sociodiversidade). Assim, os bens ambientais podem ser naturais ou culturais, ou, se melhor podemos dizer, a razão da preservação há de ser predominantemente natural ou cultural se tem como finalidade a bio ou a sociodiversidade, ou a ambos, numa interação necessária entre ser humano e o ambiente em que vive.

Isso implica dizer que, quando se aborda a questão socioambiental, busca-se analisá-la de forma multidimensional, com base na observação do ser humano pertencente ao meio ambiente como um todo, numa relação indissociável de interdependência e transversalidade.

De acordo com Veiga (2007, p. 105), a emergência do neologismo socioambiental, em que pese ele tenha sido incorporado facilmente pela sociedade brasileira, evoca um sentido muito mais intrincado do que aparentemente se apresenta, visto que a maneira de perceber as mudanças sociais jamais poderá estar dissociada das mudanças ocorridas na relação homem/natureza, e vice-versa.

O Papa Francisco, corroborando essa compreensão (2015, p. 114), anuncia, em sua recente Carta Encíclica *Laudato Si*, que,

Quando falamos de ‘meio ambiente’, fazemos referência também a uma particular relação: a relação entre a natureza e a sociedade que a habita. Isto nos impede de considerar a natureza como algo separado de nós ou como mera moldura da nossa vida. Estamos incluídos nela, somos parte dela e compenetramo-nos. As razões pelas

³ O Instituto Socioambiental - ISA - é uma organização da sociedade civil brasileira, sem fins lucrativos, fundada em 1994, para propor soluções, de forma integrada, a questões sociais e ambientais, com foco central na defesa de bens e direitos sociais, coletivos e difusos relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos.

quais um lugar se contamina exigem uma análise do funcionamento da sociedade, da sua economia, do seu comportamento, das suas maneiras de entender a realidade. Dada a amplitude das mudanças, já não é possível encontrar uma resposta específica e independente para cada parte do problema. É fundamental buscar soluções integrais que considerem as interações dos sistemas naturais entre si e com os sistemas sociais. Não há duas crises separadas: uma ambiental e outra social; mas uma única e complexa crise socioambiental. As diretrizes para a solução requerem uma abordagem integral para combater a pobreza, devolver a dignidade aos excluídos e, simultaneamente, cuidar da natureza.

Não se trata, pois, de dois problemas distintos, cujas soluções possam ser buscadas e aduzidas apartadamente. A visão socioambiental demanda, portanto, uma abordagem genuinamente harmônica, sincrônica e equilibrada para obter desfechos factíveis, capazes de beneficiarem a todos: o homem e a natureza.

2 DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS EM SUAS DIMENSÕES E AS CONFORMAÇÕES DO ESTADO

Os dois últimos séculos foram marcados por profundas mudanças em todos os níveis da existência. Os avanços da ciência alteraram definitivamente o *modus vivendi* da humanidade. A esse percurso convencionou-se denominar ‘evolução’, por ter aumentado tanto a expectativa quanto a qualidade de vida com os progressos alcançados, seja na tecnologia, na medicina, na estética, na cultura e nos direitos.

No entanto, a contrapartida dessa ‘evolução’ se traduz em uma degradação ecológica e social nunca antes vista (LEITE; AYALA, 2003, p. 57). Sendo assim, a luta pelo direito⁴ sempre foi o objetivo maior de todas as sociedades. Do direito natural ao direito positivado, eles são frutos dos acontecimentos históricos que levaram o homem a modificar suas aspirações, assim como a necessidade de reconhecimento de novas necessidades básicas.

O conceito de Estado, por consequência, foi sendo reestruturado com o propósito de atender aos anseios de seus cidadãos, de modo que cada época reproduz uma determinada prática jurídica vinculada às necessidades humanas e às relações sociais (WOLKMER, 2012, p. 15).

⁴ Quando se usa o termo “direito”, não se está levantando questões de fundo filosófico, mas sim de natureza deontológica, o que significa dizer que se trata de um sistema normativo reconhecido e aplicável em um determinado momento histórico.

Para Bobbio (1992, p. 36), o real surgimento de alguns direitos deriva das lutas e movimentos travados pelos homens, cujas razões devem ser buscadas na realidade social da época a partir da qual foi derivada toda a gama de direitos chamados, contemporaneamente, de ‘fundamentais’.

Assim, no intuito de cumprir com a função de defesa da sociedade na forma de limitação normativa ao poder estatal, sobreveio um conjunto de valores e direitos consubstanciados nos direitos fundamentais⁵, que foram positivados e passaram a traçar os parâmetros fundamentais de todo o ordenamento jurídico interno. Isto posto, consoante Sarlet (2012, p. 36),

a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.

Em decorrência da riqueza e da ampliação desses direitos, deu-se origem à classificação dos direitos fundamentais em gerações. Mas como o surgimento de novas gerações não resultou na extinção das anteriores, configurando-se mais como um processo progressivo, cumulativo, qualitativo e de complementaridade (BREGA FILHO, 2003) dos mesmos direitos, muitos doutrinadores adotam o termo ‘dimensão’, por considerarem não ter havido uma sucessão desses direitos, mas sim a coexistência de todos eles, abertos e mutáveis.

Por conseguinte, o importante é destacar que, segundo Lunõ (2005, p. 109), a positivação dos direitos fundamentais resulta do constante processo dialético entre evolução na esfera filosófica, com a paulatina afirmação no terreno ideológico e o seu gradativo reconhecimento na esfera do direito positivo, que resultou na constitucionalização dos direitos fundamentais.

A evolução dos direitos fundamentais na ordem institucional manifestou-se em três⁶ dimensões sucessivas: direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, como num presságio da Revolução Francesa.

⁵ Para compreender a origem, a natureza e o mapa evolutivo dos Direitos Fundamentais ao longo dos tempos, ver, entre a farta literatura a respeito do tema: ALEXY, 2008; COMPARATO, 2001; BOBBIO, 1992; BONAVIDES, 2011; LUNÕ, 2005; CANÇADO TRINDADE, 1997, entre outros.

⁶ Há autores que defendem a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, classificando-os como “novos” direitos fundamentais, sendo eles, respectiva e não exclusivamente: BONAVIDES, 2011; OLIVEIRA JUNIOR, 2000; SÁNCHEZ RUBIO, 2009.

2.1 Direitos de Primeira Dimensão

Os direitos de primeira dimensão, segundo Wolkmer (2012, p. 22), surgem ao longo do século XVIII e XIX, como manifestação do ideário jusnaturalista secularizado, do racionalismo iluminista, do contratualismo societário, do liberalismo individualista e do capitalismo concorrencial.

Identifica-se, nessa oportunidade, uma separação entre Estado e Sociedade, na qual esta exige daquele apenas uma abstenção, ou seja, uma obrigação negativa, visando à não interferência na liberdade dos indivíduos. Então, nesse momento histórico, o Estado era tomado como “violador dos direitos fundamentais”, o que configurava a feição defensiva dos direitos liberais.

Nesse contexto, assumem especial importância, no rol desses direitos, os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, assim como aos direitos civis e políticos, que têm como titular o indivíduo de posse de seus “direitos de resistência ou oposição contra o Poder Público” (BONAVIDES, 2011, p. 517), identificando-se uma nítida separação entre Estado e Sociedade.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais é aquela que marcou o reconhecimento de seu *status* constitucional formal e material (SARLET, 2012, p. 37) por surgir no contexto em que se asseguram as teses do Estado Democrático de Direito, da tripartição dos poderes e do princípio da soberania popular⁷.

2.2 Direitos de Segunda Dimensão

No momento seguinte, quando a dimensão eminentemente patrimonialista do ideal liberal, com o impacto da industrialização, reproduziu no âmbito social um quadro alarmante de injustiça e desigualdade social, percebeu-se que a consagração formal dos direitos de liberdade e igualdade não garantia seu efetivo gozo (SARLET, 2012, p. 47). A partir de então, várias manifestações contra o sistema vigente de concentração de riquezas eclodiram na busca da igualdade no âmbito coletivo.

Passa-se, por conseguinte, aos direitos de segunda dimensão, que têm como modelo o Estado de Bem-Estar Social, no qual se exige uma ação positiva por parte deste. Segundo Bobbio (1992), são os direitos de liberdade, “através” ou “por meio” do Estado, no qual se contempla um

⁷ Nesses termos consultar também: BONAVIDES, 2011, p. 516 -518; SARLET, 2012, p. 48-49.

conjunto de direitos reconhecidos aos indivíduos no sentido de lhes garantir condições materiais de existência compatíveis com a condição humana e a capacidade de participar ativamente na vida social, com o propósito de compensar as graves deficiências geradas pela hipertrofia liberal (BONAVIDES, 1996, p. 187-191).

Com isso eles são caracterizados, preponderantemente, pela prestação social por parte do Estado. Tais direitos abrangem a saúde, a assistência social, a moradia, o trabalho, o lazer e a educação, transcendendo a “liberdades formais abstratas” ao se tornarem “liberdades materiais concretas” (SARLET, 2012, p. 47). No entanto, como ressalvado por Sarlet (2012, p. 48), os direitos de segunda dimensão não se restringem aos direitos de cunho prestacional, mas também as assim chamadas ‘liberdades sociais’ por ter havido o reconhecimento dos direitos fundamentais aos trabalhadores - o direito de greve e a liberdade de sindicalização, em resposta às reivindicações da classe trabalhadora.

Todavia, os dois modelos de Estado, liberal e social, ainda que com premissas distintas, partilhavam, segundo Portanova (2004, p. 631), da mesma dogmática aos valores do desenvolvimento da ciência e do domínio da natureza, assim como da crença na inesgotabilidade dos recursos naturais, permanecendo num contínuo processo de degradação ambiental. Por esse ângulo, Sen (2000, p. 9) assinala que

existem problemas novos convivendo com antigos - a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas [...] e ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente e à sustentabilidade de nossa vida econômica e social.

Portanto, essa racionalidade do capital que preza pela maximização da exploração dos fatores de produção, ignorando as externalidades sociais e ecológicas (LEFF, 1994, p. 292-293) acabam por induzir ao questionamento da necessidade de se introduzirem reformas no Estado que promulgassem um paradigma diferente da racionalidade econômica tradicional.

2.3 Direitos de Terceira Dimensão

Essa geração de direitos tem como valor essencial a fraternidade ou a solidariedade na busca da superação de um modelo econômico preda-

tório de exploração do homem pelo homem e da natureza, cuja transcendência alcança a humanidade como um todo, exigindo ações tanto negativas quanto positivas, agora não mais apenas do Estado, mas também da sociedade. Cabe notar que Bonavides (2011, p. 569), testificando o pensamento, assinala que

um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com facilidade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Nessa acepção, aponta Fensterseifer (2008, p. 149) que a marca distintiva dos direitos de terceira dimensão reside na sua natureza transindividual e com titularidade muitas vezes indefinida e indeterminável. Por isso, enquanto os direitos de primeira e segunda dimensões se reportam à pessoa individual, os de terceira são de titularidade coletiva.

Todavia, esse caráter difuso ou a universalidade dos direitos, longe de excluir os direitos de liberdade, reforça-os, com os pressupostos de melhor condução diante da efetiva materialização dos direitos de igualdade e fraternidade, mediante a importante atuação dos novos sujeitos no exercício de uma cidadania participativa, exigindo, a partir de então, novas técnicas de garantia e proteção.

Assim, entre os direitos de terceira dimensão mais citados, destaca-se o direito ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente e qualidade de vida. Considerando o recorte feito no presente estudo, dar-se-á ênfase ao direito ao meio ambiente sadio para análise da questão proposta.

O direito ao meio ambiente, para Ferreira Filho (2006, p. 62), é o mais elaborado dos direitos fundamentais de terceira dimensão. No mesmo sentido, Bobbio (1992, p. 5) declarou que “o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente

não poluído”.

De fato, o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tal como tem sido referido frequentemente como direito de terceira dimensão, dá-se como resultado dos novos enfrentamentos históricos de natureza existencial postos pela crise ecológica (SARLET, 2014) que, cada vez mais, impactam a qualidade de vida e o pleno desenvolvimento do ser humano.

Efetivamente, o caráter de fundamentalidade desse direito, segundo Medeiros (2004, p. 22), reside em sua imprescindibilidade a uma vida saudável que, por sua vez, é essencial para que o ser humano viva com dignidade.

Seguindo o mesmo raciocínio, Benjamin (2012, p. 128) declara que a fundamentalidade do direito se justifica por três razões: primeiro, por causa da estrutura normativa do tipo constitucional (‘Todos têm direito...’); segundo, porque o rol dos direitos e garantias fundamentais elencados no art. 5º da CRFB/88, de acordo com seu § 2º, não é exaustivo; e terceiro, porque, sendo o meio ambiente uma base ecológica vital, que salva o próprio direito à vida, o direito ao meio ambiente sadio torna-se materialmente fundamental.

Além do mais, como direito fundamental, o direito ao meio ambiente não admite renúncia, alienação ou prescrição (SILVA, 1994, p. 166). Sendo assim, assentando-se no entendimento de que os direitos fundamentais da pessoa humana compõem o núcleo normativo-axiológico da ordem constitucional, assim como de todo o ordenamento jurídico, tem-se que o princípio da dignidade humana representa, segundo Fensterseifer (2008, p. 142), a norma-base do Estado de Direito.

Em decorrência disso, é importante sublinhar que os elementos constitutivos para caracterizar uma vida digna variam de acordo com cada sociedade e cada época, harmonizando-se, conseqüentemente, com os direitos fundamentais que lhe são inerentes, razão pela qual se deve ter em conta um horizonte normativo conceitual mutável e materialmente aberto dos direitos fundamentais (FENSTERSEIFER, 2008, p. 144).

Cançado Trindade (1993, p. 73), ao analisar a relação do direito ao meio ambiente sadio com outros direitos fundamentais, ligando-o intrinsecamente ao direito a uma vida digna, afirma que considerado em sua dimensão ampla, o direito fundamental à vida encerra o direito do ser humano de não ser privado de sua vida, assim como de preservá-la, dispondo dos meios apropriados para uma vida decente, o que demonstra cabalmente

a inter-relação e a indivisibilidade de todos os direitos humanos.

Com efeito, o referido doutrinador alega que, a partir da ideia de um direito de viver condignamente, o direito ao meio ambiente sadio configura-se como uma extensão do direito à vida, criando uma conexão inerente entre eles (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 76), como se vê,

o direito a um meio ambiente sadio salvaguarda a própria vida humana sob dois aspectos, a saber, a existência física e saúde dos seres humanos, e a dignidade desta existência, a qualidade de vida que faz com que valha a pena viver. O direito ao meio ambiente, desse modo, compreende e amplia o direito à saúde e o direito a um padrão de vida adequado ou suficiente.

Notadamente, a qualidade passa, então, a integrar o conjunto de condições materiais (direitos fundamentais) indispensáveis à vida digna e saudável, assim como a inserção político-comunitária do indivíduo. Não há como se desvincular qualidade ambiental da tutela da personalidade/dignidade humana, pois a existência de um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado representa uma condição essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade humana (SARLET, 2010, p. 13).

Como diria Sendim (1998, p. 36), “a vida situada em um quadro ambiental degradado compromete o livre desenvolvimento da personalidade humana, especialmente no que diz respeito à integridade psicofísica do ser humano”. A qualidade do ambiente em que a vida se desenvolve contribui para o desenvolvimento da personalidade, o que demonstra o elo vital entre a proteção do ambiente e os direitos da personalidade.

Logo, percebe-se que a proteção ambiental possui um teor ambivalente (LEITE; AYALA, 2003, p. 94), pois destina-se tanto à proteção do bem jurídico ambiental autônomo quanto resguarda a dimensão individual subjetiva, principalmente no que diz respeito ao dano causado ao indivíduo no desenvolvimento pleno de sua personalidade em decorrência de condições existenciais impróprias causadas também pela degradação ambiental. Em outras palavras, a titularidade individual de um direito subjetivo não subverte o ambiente como bem jurídico coletivo (BENJAMIM, 2012, p. 129).

Assim, tem-se que Leite e Ayala (2003, p. 88) destacam a natureza dúplice do direito fundamental ao meio ambiente: a dimensão subjetiva refere-se ao direito da personalidade de proteção contra a degradação ambiental, direito esse que pode ser exercido individual ou coletivamente,

mas de forma solidária, por se tratar de um interesse difuso; daí a razão de se falar em “direito-função”; e na perspectiva objetiva que está ligado ao dever de proteção, cuja atribuição pertence ao Estado, a fim de, exemplificadamente, “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e promover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas” (art. 225, § 1º, I CRFB/88), bem como “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente” (art. 225, § 1º, VI, CRFB/88). Essa responsabilização não exclui a responsabilidade da coletividade, pois o dever de proteção é, também, solidário.

A exigência de nova conformação estatal, ou seja, o atual contexto de risco que tem sido experimentado pelas sociedades contemporâneas, assim como a tomada de consciência da gravidade dos problemas sociais que subsistem, mesmo diante das políticas liberais ou sociais implementadas, precipitou a necessidade de repensar os próprios fundamentos do conceito de Estado de Direito.

Identifica-se, na história, um amadurecimento da sociedade quanto à relevância não só da proteção ambiental como bem jurídico e da importância da preservação para a sua própria sobrevivência, mas, principalmente, da inserção e do reconhecimento da pessoa como parte indissociável do meio ambiente que deve ser protegido. A partir dessa compreensão, Bosselmann (2010, p. 109) enfatiza que

a abordagem ecológica dos direitos humanos reconhece a interdependência dos direitos e deveres. Os seres humanos precisam usar os recursos naturais, mas também dependem completamente do ambiente natural. Isso torna as autorrestrições essenciais, não só em termos práticos, mas também em termos normativos. Intitulações a recursos naturais e a um meio ambiente saudável, utilmente expressadas em direitos, não podem mais ser percebidas em termos puramente antropocêntricos. Os direitos humanos, como todos os instrumentos jurídicos, precisam respeitar as fronteiras ecológicas. Essas fronteiras podem ser expressas em termos éticos e jurídicos na medida em que definem conteúdo e limitações de direitos humanos.

Nessa perspectiva, cabe questionar a capacidade do Estado de Direito atual de lidar com os riscos advindos da crise socioambiental, considerando-se o fato de que o Estado Social não conseguiu cumprir com suas promessas de igualdade e não conteve a disseminação dos riscos ambientais.

Assim, considerando-se que as reformas estatais guardam estreita relação com a teoria dos direitos fundamentais, destacando-se que o Estado Liberal de Direito foi marcado pelos direitos fundamentais de primeira geração, enquanto que o Estado Social de Direito foi delimitado pelos direitos de segunda geração, pergunta-se: qual o modelo de Estado se poderia pensar para esta terceira dimensão?

2.3.1 A consagração da proteção ambiental na constituição

A complexidade dos problemas ambientais enfrentados na modernidade e as novas reivindicações das sociedades na conjugação dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensões⁸, particularmente pela ênfase conferida à proteção do “macrobem ambiental”⁹, tem sido um dos importantes vetores de mudanças comportamentais que fizeram florescer uma preocupação ética e socioambientalmente responsável, o que tem ensejado a configuração de um novo modelo de Estado condizente com essa preocupação.

Consequentemente, a ideologia do consumismo e a complexificação da crise ambiental, pela introdução de novas tecnologias, toma hoje contornos de crise multifacetária e global, com riscos de toda ordem e natureza (BENJAMIN, 2012, p. 60). Essa realidade, que tem gerado um modo de vida desequilibrado, fora de controle ou na iminência do descontrole, começou a ser percebida após a Segunda Guerra Mundial.

Para Castells (1999, p. 166), à medida que o movimento ambientalista ingressou em um novo estágio de desenvolvimento, a percepção ambiental foi consolidando o valor da vida em todas as suas expressões, e esta noção conquistou gradativamente as mentes e as políticas, sendo possível perceber uma evolução nas concepções de Estado por meio dos projetos político-jurídicos.

Dessa forma, para suprir essa demanda, foi preciso redefinir os fundamentos e a estrutura constitucional e infraconstitucional até então vigentes, já que, antes, o meio ambiente não era tutelado ou adequadamente tutelado em função da visão distorcida da inesgotabilidade de seus recursos naturais (BENJAMIN, 2012, p. 109).

⁸ Considerando, ainda, aqueles tidos de quarta e quinta dimensões, ainda que não reconhecidos institucionalmente.

⁹ Morato Leite destaca que a legislação pátria conferiu ao meio ambiente a conotação de macrobem por ter adotado uma visão globalizada e integral, caracterizando-o, portanto, como amplo, de natureza imaterial, indivisível e difuso, não obstante também existir o microbem, entendido como todos os bens que compõem o meio ambiente.

O direito - e especialmente o direito constitucional - não podem quedar-se silentes em face dos problemas e desafios apresentados pela crise ambiental. O Estado, por sua vez, compreendido como o conjunto político de uma nação, não pode continuar viabilizando o crescimento econômico e técnico-científico sem considerar as demandas ambientais e sociais surgidas em torno da gestão de riscos (FERREIRA, 2008, p. 227).

Também o impulso revolucionário constante da proteção ambiental em sede constitucional reside, segundo Leite e Ayala (2004, p. 147), nas modificações processadas na postura assumida pelo direito em face do ambiente, uma vez que se afastou, substancialmente do modelo bilateral do Estado liberal.

Assim, a proteção e a promoção do ambiente passam a despontar como novo valor constitucional, capaz de instituir uma nova ordem pública e um novo programa jurídico-constitucional, pois, de acordo com entendimento de Canotilho (2010, p. 31), o Estado constitucional, além de ser um estado de direito democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos.

No Brasil, apesar de as Constituições anteriores terem feito referência a alguns temas ambientais, nenhuma delas tratou de forma tão detalhada os direitos e deveres em relação ao meio ambiente como a CRFB/88.

Souza Filho (2011, p. 166), ao descrever o processo constituinte da CRFB/88, asseverou que a incorporação de quatro¹⁰ temas no texto dessa Constituição, entre eles um capítulo próprio para a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos, demonstra uma verdadeira ruptura com os preceitos da modernidade.

De acordo com o mencionado autor, a modernidade e, consequentemente, o modelo de Estado e de direito foram assentados na concepção privada e individualista. A partir do momento em que se reconhece juridicamente os direitos coletivos e os bens intangíveis de titularidade difusa, relativiza-se - mas não se exclui - o conceito de direito individual e a cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX.

Diante disso, essa grande inovação simboliza um valioso salto qualitativo das normas de proteção ambiental, ao renunciar o enfoque utilitarista até então perseguido pela legislação, para adotar uma direção mais

10 Além do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos, protegido para as presentes e futuras gerações (art. 225, CRFB/88), Marés destaca o reconhecimento a cada povo o direito à própria existência (arts. 231 e 232, CRFB/88); a preservação do patrimônio cultural brasileiro (arts. 215 e 216, CRFB/88) e a função social da propriedade (arts. 185 e 186, CRFB/88).

protecionista do meio ambiente.

À vista disso, Benjamin (2012, p. 84-85) destaca que a CRFB/88 sepultou o paradigma liberal ao assumir uma concepção holística e juridicamente autônoma do meio ambiente, recepcionado de forma sistêmica, mas igualmente constitucionalizado. Para o referido autor, saiu-se do “estágio da miserabilidade ecológico-constitucional” para se alcançar a “opulência ecológico-constitucional”. Almeida (2006, p. 56), por sua vez, entende que

a Constituição de 1988 representou uma ruptura paradigmática em relação à tradição jurídica brasileira ao prever um Estado Democrático de direito, o qual representa um plus normativo em relação às fases/dimensões estatais anteriores, pois, além de incorporar os elementos ‘ordenador’ do Estado liberal e ‘promovedor’ do Estado social, trouxe para o Estado uma nova função: a ‘transformação social’.

A CRFB/88 (BRASIL, 1988) no *caput* de seu art. 225,¹¹ consagrou o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurando-o como um direito difuso, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo, ao mesmo tempo, imposto ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e as futuras gerações.

Nesse contexto, é indispensável que as ações, em todas as esferas, sejam articuladas de forma integrada (CANOTILHO, 2010, p. 36), adotando-se abordagens multidisciplinares capazes de garantir um nível adequado de proteção ao meio ambiente, o que pressupõe o valor de solidariedade, que será abordado com mais no próximo tópico.

Ao tratar da ecologização da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Benjamin (2012, p. 90) destaca que ela reflete a “consolidação dogmática e cultural de uma visão jurídica de mundo”, pois a Constituição foi precedida, acompanhada e fortificada pela consagração da proteção ambiental no âmbito internacional, para a garantia de uma vida digna e saudável, inclusive para as futuras gerações (transgeracional).

Por consequência, a ecologização da CRFB/88 marca a tríplice fratura do paradigma vigente (BENJAMIN, 2012, p. 85), seja pela diluição das posições formais entre credores e devedores, na medida em que se atribui a todos, simultaneamente, o direito e dever ao meio ambiente eco-

¹¹ 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.

logicamente equilibrado; seja pela irrelevância de distinção entre sujeito estatal e sujeito privado condizente ao dever de proteção; e finalmente, seja pelo enfraquecimento da separação absoluta entre o objeto e os sujeitos da relação jurídica, tendo em vista a característica de macro bem ambiental.

Entretanto, essa adoção jurídico-constitucional, aos olhos de Leite (2012, p. 167), é mais avançada e moderna porque a proteção ambiental deixa de ser pensada apenas em função do interesse exclusivo do homem para estender-se às outras formas de vida, propugnando o então chamado de antropocentrismo alargado:

a Carta de 88 adotou o “antropocentrismo alargado” porque considerou o ambiente como bem de uso comum do povo, atribuindo-lhe inegável caráter de *macrobem*. O art. 225 estabelece uma visão ampla de ambiente, não restringindo a realidade ambiental a mero conjunto de bens materiais (florestas, lagos, rios) sujeitos ao regime jurídico privado, ou mesmo público *stricto sensu*; pelo contrário, confere-lhe caráter de unicidade e de titularidade difusa. Nessa perspectiva difusa de *macrobem*, o ambiente passa a possuir um valor intrínseco.

Portanto, ainda que, na CRFB/88, não se tenha adotado o biocentrismo¹², defendido pela ecologia profunda¹³ (*Deep Ecology*), visto que não se verifica uma personalidade jurídica própria e independente da natureza e dos animais não humanos, como sujeitos de direitos, há dispositivos que ultrapassam o antropocentrismo clássico, conferindo valor intrínseco ao bem, a exemplo da vedação a práticas que coloquem em risco a função ecológica da fauna e flora (art. 225, VII, § 1º). Nesse sentido, o Papa Francisco¹² Nesse prisma, importante destacar o avanço no horizonte normativo sem precedentes no constitucionalismo contemporâneo, considerando sua perspectiva mais próxima do que se poderia denominar de um paradigma jurídico biocêntrico, a partir do novo constitucionalismo latino-americano, ao estabelecer o reconhecimento dos direitos da natureza. O constitucionalismo, na América Latina, recebe nova linha da promulgação das constituições da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009). Alguns autores, a propósito, sustentam que essas três Constituições formaram as bases do “novo constitucionalismo latino-americano”. Da análise dos novos textos constitucionais, especialmente das Constituições da Bolívia e do Equador, observa-se que, partindo do constitucionalismo clássico europeu, as novas Constituições procuram “avançar”, sobretudo, no que se refere à proteção ambiental e ao pluralismo cultural e multiétnico, conformando um modelo garantista que mira a sustentabilidade socioambiental: buscando equilibrar o uso dos recursos econômicos e ambientais e valorizar a diversidade histórico-cultural em favor de um modelo socioeconômico voltado a uma melhor qualidade de vida; o *bem viver*, ou *sumak kawsay* (Constituição do Equador) e *suma qamaña* (Constituição da Bolívia). A Constituição da Venezuela é composta por 350 artigos, a da Bolívia tem 411 artigos e do Equador 444 artigos. Cf. FERNANDEZ SEGADO, 2003, p. 471; CARBONELL, 2009.

¹³ Conceito proposto pelo filósofo e ecologista norueguês Arne Næss, em 1973, a Ecologia Profunda apresenta um novo paradigma de percepção de mundo, a partir de uma visão holística em que a humanidade é apenas como mais um fio na teia da vida. A partir dessa visão, cada elemento da natureza, inclusive a humanidade, possui seu valor intrínseco, devendo ser respeitado e preservado para garantir o equilíbrio do sistema da biosfera.

cisco (2015, p. 97-98) enuncia que

Não há ecologia sem uma adequada antropologia. Quando a pessoa humana é considerada apenas mais um ser entre outros, que provém de jogos de acaso ou de um determinismo físico, corre o risco de atenuar-se, nas consciências, a noção da responsabilidade. Um antropocentrismo desordenado não deve ser substituído por um ‘biocentrismo’, porque isto implicaria introduzir um novo desequilíbrio que não só não resolverá os problemas existentes, mas acrescentará outros. Não se pode exigir do ser humano um compromisso para com o mundo, se ao mesmo tempo não se reconhecem e valorizam as suas peculiares capacidades de conhecimento, vontade, liberdade e responsabilidade.

Essa nova construção constitucional dos direitos fundamentais procura conciliar valores como dignidade da pessoa humana, com necessidades ecológicas, alargando e conferindo valor autônomo de proteção a todas as formas de vida. Ayala (2010, p. 333) qualifica esses direitos como “biodifusos”, pois concebidos a partir da harmonização entre valores humanos e não humanos, atribuindo-lhes igual¹⁴ posição de dignidade jurídica, tendo em vista que o fim último desses direitos é a proteção jurídica da vida.

Com efeito, no marco de um ‘constitucionalismo ecológico’ insculpido na CRFB/88, imputou-se ao direito ao meio ambiente o *status* de direito fundamental individual e coletivo, consagrando a preeminência e proeminência¹⁵ necessárias a garantir-lhe a integração com todo o ordenamento jurídico.

Assim sendo, a incorporação dos valores ecológicos no núcleo axiológico do sistema constitucional brasileiro, ocorrida em decorrência da evolução histórica dos direitos fundamentais, em cada uma de suas dimensões, assim como a passagem dos modelos de Estado de Direito, justifica um novo modelo capaz de dar conta dos novos desafios existenciais huma-

14 Segundo referido autor, não se trata de atribuir juridicidade a pretensos direitos que tenham por sujeito a própria natureza, personificando-a. Trata-se de atribuir-lhe consideração jurídica, compreendida como bem jurídico. “A natureza possui dignidade jurídica na qualidade de bem ambiental, porque, como *centro de imputação*, é também considerada posição ou *qualidade jurídica fundamental e beneficiária* de atividades de garantia.”

15 De acordo com Canotilho e Moreira (1984, p. 38-39), preeminência significa a superioridade e posição hierárquica da regra constitucional, sujeitando o ordenamento jurídico que lhe é inferior; enquanto que proeminência significa visibilidade máxima desta regra. Nesse sentido, Benjamim (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 83-156) destaca que: a preeminência e a proeminência do texto constitucional traduzem-se, no campo prático, em inequívoco valor didático. Estar o meio ambiente lá, no lugar mais elevado na hierarquia jurídica, serve de lembrança permanente de sua posição dorsal entre os valores indisponíveis da vida em comunidade.

nos. Consoante Fensterseifer (2008, p. 56), ao novo modelo que incorpora em seu ordenamento jurídico os novos direitos fundamentais de natureza transindividual dá-se o nome de Estado Socioambiental de Direito, sobre o qual se discorrerá a seguir.

3 A INSERÇÃO DO SOCIOAMBIENTAL NO ESTADO DE DIREITO – UM NOVO PARADIGMA

Ao tratarem das questões socioambientais, Fernandes e Sampaio (2008) fizeram uma análise geral sobre o significado de paradigma, a partir da obra de Thomas Kuhn. Para os esses autores, a ciência e a sociedade são dinâmicas e interligadas. Por essa razão, o paradigma científico não está desconectado do paradigma predominante na sociedade, uma vez que a ciência produz e se reproduz para e a partir dessas realidades naturais, culturais e sociológicas, motivo pelo qual não se deve falar em processo linear das teorias que as aperfeiçoam mutuamente.

A par dessas breves considerações, os autores Fernandes de Sampaio (2008) definem o paradigma como sendo “um conjunto de valores e regras socioculturais universalmente aceitos por algum tempo, em uma sociedade ou grupo cultural, moldando e conduzindo as suas práticas” (FERNANDES; SAMPAIO, 2008, p. 89).

Tem-se, portanto, que os modelos ou paradigmas não se prolongam infinitamente. Porém, de tempos em tempos, quando o paradigma dominante não consegue responder adequadamente aos problemas por ele gerados, surgem as alternativas ao modelo vigente.

No entanto, o paradigma atual de Estado e de sociedade, fundado na racionalidade econômico-científico-tecnológica, de cunho utilitarista e voltado para o consumismo desenfreado, está em crise, pois gerou uma série de problemas socioambientais que não é capaz de resolver.

Para Capella (1998), a crise do paradigma atual é uma crise da relação homem/natureza, mas numa complexidade muito mais ampla, cujo cerne está na sociedade e no modo de vida essencialmente voltado para fins econômicos.

De acordo com Leite e Ayala (2004, p. 30) é evidente o esvaziamento da capacidade regulatória do Estado diante em um mundo marcado pela desigualdade social e pela degradação ambiental em escala planetária.

Portanto, essa situação acabou por precipitar um contramovimen-

to (BECK, 2002), uma cultura jurídica ambientalista adquirida pela constatação de finitude dos recursos naturais, assim como da situação limite a que chegou a desigualdade social e a falta de acesso aos direitos sociais básicos por parte da população. Nessa lógica, é esclarecedor o posicionamento de Wolkmer (2012, p. 17):

Os impasses e as insuficiências do atual paradigma da ciência jurídica tradicional entreabrem, lenta e constantemente, o horizonte para as mudanças e a construção de novos paradigmas, direcionados para uma perspectiva pluralista, flexível e interdisciplinar. A teoria jurídica formalista, instrumental e individualista vem sendo profundamente questionada por meio de seus conceitos, de suas fontes e de seus institutos diante das múltiplas transformações tecnocientíficas, das práticas de vida diferenciadas, da complexidade crescente de bens valorados e de novas necessidades básicas, bem como da emergência de novos atores sociais, portadores de novas subjetividades (individuais e coletivas). Desse modo, as necessidades, os conflitos e os novos problemas colocados pela sociedade no final de uma era e no início de outro milênio engendram também ‘novas’ formas de direitos que desafiam e põem em dificuldade a dogmática jurídica tradicional, seus institutos formais e materiais e suas modalidades individualistas de tutela.

Para fazer face aos novos desafios, na tentativa de superar o paradigma vigente, estabelece-se um novo modelo de Estado que convirja a tutela dos direitos sociais e ambientais dentro de padrões sustentáveis e a partir de uma perspectiva ampliada e integrada dos direitos econômicos, sociais e ambientais (SARLET, 2014, p. 113).

Configura-se, então, a transição paradigmática ao projetar-se um novo modelo de Estado, denominado por Sarlet (2010) como Estado Socioambiental de Direito.

Porém, a edificação do Estado Socioambiental de Direito não simboliza o marco zero (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014) na construção dessa nova comunidade político-jurídica estatal, mas, simplesmente, um passo a mais na caminhada em busca do respeito à dignidade da pessoa humana e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, durante a trajetória de amadurecimento da questão e conscientização socioambiental.

Embora abordando a mesma temática, mas com uma terminologia própria, Leite (2007) considera que o Estado de Direito Ambiental, assim como o é também o Estado Socioambiental de Direito, constitui um conceito de cunho teórico abstrato, que abrange elementos jurídicos, so-

ciais e políticos na busca de uma condição ambiental capaz de favorecer tanto a harmonia entre os ecossistemas quanto a garantia da plena satisfação da dignidade para além do ser humano.

Independentemente da terminologia utilizada por vários doutrinadores para identificar esse emergente modelo de Estado, tais como o Estado Pós-Social (PEREIRA DA SILVA, 2012, p. 24; SARMENTO, 2003), o Estado de Direito Ambiental (LEITE, 2003, p. 32-54; CANOTILHO; LEITE, 2012; FERREIRA; LEITE, BORATTI, 2010), o Estado Constitucional Ecológico (CANOTILHO, 2010), o Estado do Ambiente (HABERLE, 2005, p. 128), Estado Ambiental (KLOEPFER, 2010), o Estado de Bem-Estar Ambiental (PORTANOVA, 2004, p. 638) e o Estado Sustentável (FREITAS, 2011, p. 278), e ainda que não adentrando o debate sobre eventuais diferenças substanciais entre a concepção de Estado adotada por cada autor, verifica-se que o ponto nodal que une a todos é a preocupação em atender ou responder satisfatoriamente às demandas geradas pela crise ambiental e social que foi deflagrada pelo esgotamento do modelo industrial e de consumo hedonista predatório vigente.

Sarlet e Fensterseifer (2014, p. 46) ressaltam que o Direito deve posicionar-se em relação às novas ameaças que fragilizam, quer sejam os valores e os princípios do Estado Democrático de Direito, quer seja a sobrevivência e a qualidade de vida humana e não humana, afim de salvar e guardar o equilíbrio e a segurança nas relações socioambientais.

Para isso, no que se refere ao contexto político, o objetivo do Estado contemporâneo não pode ser considerado como pós-social (SARLET, 2010, p. 16), tendo em vista que os direitos de segunda geração - os direitos fundamentais sociais - não estão plenamente cumpridos, já que parte da população mundial ainda se encontra desprovida de acesso aos seus direitos sociais fundamentais.

Assim sendo, Fensterseifer (2008, p. 27) enuncia que

o novo modelo de Estado de Direito objetiva conciliar os direitos liberais, os direitos sociais e os direitos ecológicos num mesmo projeto jurídico-político para a comunidade estatal e o desenvolvimento existencial do ser humano. Tal redefinição conceitual do Estado de Direito contemporâneo justifica-se em face das mudanças ocorridas em função desta sua orientação ecológica, assumindo o Estado, portanto, o papel de 'guardião' dos direitos fundamentais diante dos novos riscos e violações existenciais a que está exposto o ser humano hoje.

Segundo o mencionado autor, a dimensão social e a dimensão ambiental são elementos integrantes do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista a incorporação dos novos valores humanos ao princípio¹⁶, razão pela qual somente um modelo de Estado que contemple, de forma conjunta, essas dimensões poderá ser condizente com a condição existencial humana digna albergada na Lei Fundamental - a CRFB/88.

Diante dos eventuais conflitos entre direitos fundamentais de diferentes dimensões Pereira da Silva (2002, p. 28), independentemente de estar usando a terminologia de Estado de Direito Ambiental, alerta para a seguinte questão:

os valores ético-jurídicos da defesa do ambiente não esgotam todos os princípios e valores do ordenamento jurídico, pelo que a realização do Estado de Direito Ambiental vai obrigar à conciliação dos direitos fundamentais em matéria de ambiente com as demais posições jurídicas subjetivas constitucionalmente fundadas, quer se trate de direitos de primeira geração, como a liberdade e a propriedade, quer se trate de direitos fundamentais de segunda geração, como os direitos econômicos e sociais (o que, entre outras coisas, tem também como consequência que a preservação da natureza não significa pôr em causa o desenvolvimento econômico, ou ironizando, não implica o 'retorno à Idade da Pedra').

Por conseguinte, o Estado Socioambiental de Direito tem a missão e o dever constitucional de atender ao comando normativo do art. 225 da CRFB/88, de forma a cumprir, integral e interdependentemente, os direitos sociais e ambientais em um mesmo projeto político-jurídico para o desenvolvimento sustentado. Tal desígnio atenta também à necessidade de corrigir o quadro de desigualdade e de degradação humana em termos de acesso a uma vida digna e saudável, em um ambiente equilibrado e seguro (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 68).

Essa conformação se encontra em perfeita harmonia com o projeto normativo proposto pela CRFB/88, de: erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, I e III); estabelecer uma ordem econômica sustentável (art. 170, VI); e assegurar o direito e o dever ao meio ambiente equilibrado.

Por essa razão, os direitos socioambientais, conquistados por

16 Outras concepções de modelo de Estado também comungam da mesma ideia. O que as diferencia é o fato de considerarem a dimensão social como intrínseca à dimensão social. No mesmo sentido, ver: LEITE; FERREIRA, 2010, p. 13.

meio de lutas sociopolíticas democráticas, têm caráter pluralista, coletivo e indivisível, e impõem novos desafios à ciência jurídica por não se enquadrarem nos estreitos limites do dualismo público-privado, inserindo-se dentro de um espaço público não estatal que enseja a participação pública.

A partir dessa nova visão, regras constitucionais e infraconstitucionais foram instituídas, rompendo com os paradigmas da dogmática jurídica tradicional, para garantir, mediante ações e políticas públicas, a proteção de bens socioambientais.

Para esse novo paradigma, a ideia de progresso e desenvolvimento só fazem sentido se vista sob a perspectiva da sustentabilidade que integre as dimensões econômica, social e ambiental de uma forma dinâmica, dialética e não hierarquizada.

Na mesma quadra, Guibentif (apud ARNAUD; JUNQUEIRA, 2006, p. 180) destaca que o Estado deixa de ser a referência fundamental como *debitor* de direitos humanos e sociais. A referência, agora, é “fornecida pela noção de ‘cidadania’ que exprime a experiência da capacidade de mobilização, de investimento institucional e de solidariedade susceptível de se atualizar em qualquer coletividade humana”.

De uma forma concisa e didática, Sarlet (2010, p. 19), seguindo o entendimento adotado por Canotilho (2003), estabelece que o Estado Socioambiental de Direito contemporâneo apresenta as seguintes dimensões fundamentais, integradas entre si: juridicidade, democracia, sociabilidade e sustentabilidade ambiental.

Sendo assim, a qualificação desse modelo de Estado, segundo o mencionado autor, traduz-se em, pelo menos, duas dimensões jurídico-políticas relevantes: a) a obrigação do Estado, em cooperação com outros Estados e sociedade civil, de promover políticas públicas pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica, e b) o dever de adoção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente, dando expressão concreta à assunção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras, mas sem descurar da necessária partilha de responsabilidades entre o Estado e os atores privados na consecução do objetivo constitucional da tutela do ambiente.

Com isso, a edificação do novo paradigma de um Estado Socioambiental de Direito parece uma utopia, tendo em vista o antagonismo existente entre sistema de produção de capital e de consumo vigente, a finitude dos recursos naturais e as desigualdades sociais constatadas. No

entanto, Santos (2010, p. 43-44), a partir de um olhar realista sobre a utopia esclarece:

a única utopia realista é a utopia ecológica e democrática. A utopia ecológica é utópica porque a sua realização pressupõe a transformação global, não só dos modos de produção, mas também do conhecimento científico, dos quadros de vida, das formas de sociabilidade, e dos universos simbólicos e pressupõe, acima de tudo, uma nova relação paradigmática com a natureza, que substitua a relação paradigmática moderna. É uma utopia democrática porque a transformação a que aspira pressupõe a repolitização da realidade e o exercício radical da cidadania individual e coletiva, incluindo nela a carta dos direitos humanos da natureza. É uma utopia caótica porque não tem um sujeito histórico privilegiado. Os seus protagonistas são todos os que, nas diferentes constelações de poder que constituem as práticas sociais, tem consciência de que a sua vida é amis condicionada pelo poder que outros exercem sobre eles do que pelo poder que exercem sobre outrem. Foi a partir da consciência da opressão que nas últimas décadas se formaram os novos movimentos sociais.

Corroborando o mesmo raciocínio, Ferreira (2008), embora não utilizando a mesma terminologia para o modelo de Estado - que, entretanto, se ajusta ao Estado Socioambiental de Direito - destaca que a proposição de um novo modelo estatal ambientalmente orientado recusa o fechamento do horizonte de perspectivas, possibilita a visualização de alternativas e rejeita a subjetividade do conformismo.

Aliás, o que se percebe na CRFB/88 e, conseqüentemente, nesse pretenso modelo de Estado Socioambiental de Direito, é que a colocação de ideais, a princípio considerados utópicos, deve ser encarada como verdadeiras normas programáticas da CRFB/88.

Por fim, os avanços ético-jurídicos (BENJAMIN, 2012) firmados na CRFB/88 ao estabelecer-se o tratamento jurídico-holístico da natureza, ao garantir-se o equilíbrio ecológico e a qualidade de vida para as presentes e as futuras gerações, assim como a todas as formas de vida, devem ser empoderados não só pelo Estado, mas por toda a sociedade, de forma solidária, participativa e plural.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual contexto de risco que tem sido experimentado pelas sociedades contemporâneas, assim como a tomada de consciência da gravidade dos problemas sociais e ambientais que subsistem, mesmo diante das

políticas liberais ou sociais implementadas, têm sido importantes vetores de mudanças comportamentais que fizeram florescer uma preocupação ética e socioambientalmente responsável.

Percebe-se que esse contexto traz consigo uma nova dimensão de direitos fundamentais - chamada de terceira dimensão - a qual impõe a todos o desafio de inserir, entre as suas tarefas prioritárias, a proteção do meio ambiente.

Entretanto, identifica-se um amadurecimento da sociedade quanto à relevância não só da proteção ambiental como bem jurídico, e da importância da preservação desse para a sua própria sobrevivência, mas, principalmente, da inserção e do reconhecimento da pessoa como parte indissociável do meio ambiente que deve ser protegido, tendo em vista a imprescindibilidade da humanidade. No entanto, não haverá uma nova relação com a natureza sem uma nova antropologia mais expandida.

Essas novas demandas impõem uma análise do contexto da crise socioambiental de forma multidimensional, mediante a observação do ser humano pertencente ao meio ambiente como um todo, numa relação indissociável de interdependência e transversalidade. Assim, não são dois problemas distintos, cujas soluções possam ser buscadas separadamente. A visão socioambiental enseja uma abordagem genuinamente harmônica, sincrônica e equilibrada para obter resultados capazes de beneficiar a todos - homem e natureza - a partir da qual indivíduo e comunidade se veem como inter-relacionados e interdependentes na busca pela concretização de uma vida humana digna e com qualidade ambiental a todos os seus membros.

A incorporação dos valores ecológicos no núcleo axiológico do sistema constitucional brasileiro, ocorrida em decorrência da evolução histórica dos direitos fundamentais em cada uma de suas dimensões, assim como a passagem dos modelos de Estado de Direito, justifica, então, um novo modelo capaz de dar conta dos novos desafios existenciais humanos.

Ao novo modelo que incorpora em seu ordenamento jurídico a convergência da tutela dos direitos sociais e ambientais dentro do mesmo projeto político-jurídico, a partir de uma perspectiva ampliada e integrada dos direitos econômicos, sociais e ambientais, pautada em padrões sustentáveis, dá-se o nome de Estado Socioambiental de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniela Gonçalves de. O Estado Democrático de Direito ambientalmente sustentável e a proteção dos interesses das gerações futuras. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). *Direitos humanos e meio ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 53-68, p. 56. v. 2.

AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade de risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. 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.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOSELDMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *A tutela judicial dos “novos” direitos: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania*. Florianópolis: CPGD, 2000. [Tese de doutoramento em direito].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 22.164/SP*, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 30/10/1995. DJ 17/11/1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2013.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988*. Conteúdo Jurídico das Expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. v. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. 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.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. 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, p. 36.

CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Melhoramentos, 1962.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 166. v. 2.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 13, n. 1669, 26 jan. 2008, p. 5. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10887/estado-socioambiental-de-direito-e-o-principio-da-solidariedade-como-seu-marco-juridico-constitucional/2>>. Acesso em: 15

jan. 2015.

FERNANDES, Valdir; SAMPAIO, Carlos Alberto Cioce. Problemática ambiental ou problemática socioambiental?: a natureza da relação sociedade/meio ambiente. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, n. 18, p. 87-94, jul./dez. 2008.

FERREIRA, Heline Sivini. *A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco*. 2008. 368 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANCISCO, *Carta Enc. Laudato Si'*: sobre o cuidado da casa comum (24 maio 2015), 139; Libreria Editrice Vaticana, Paulinas (2015), 246.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: o direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GALLARDO M., Helio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: Gráficas Gómez, 2008.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LEFF, Enrique. *Ecologia y capital: Siglo XXI*, 1994.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universtária, 2004.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARÉS, Carlos Frederico. Introdução ao direito socioambiental. In: LIMA, André (Org.). *O direito para o Brasil socioambiental*. São Paulo: Instituto Socioambiental; Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.). *Direito ambiental contemporâneo*. Barueri: Manole, 2004.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos y desencantos de los derechos humanos: de emancipaciones, liberaciones y dominaciones*. Barcelona; Icaria, 2011.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural*. Coimbra: Coimbra, 1998.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2011.

TAVOLARO, Sergio Barreira de Faria. *Movimento ambientalista e modernidade: sociabilidade, risco e moral*. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2001.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Comissão de Direitos Humanos. *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano - 1972*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 20 out. 2014.

VEIGA, José Eli da. *A emergência socioambiental*. São Paulo: SENAC, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José

Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Artigo recebido em: 17/02/2017.

Artigo aceito em: 09/05/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

KALIL, Ana Paula Maciel Costa; FERREIRA, Heline Sivini. A Dimensão Socioambiental do Estado de Direito. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 329-359, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1010>>. Acesso em: dia mês. ano.

PRIORIDADE LEGAL DO ABASTECIMENTO PÚBLICO E GERAÇÃO HIDRELÉTRICA

Carlos Ari Sundfeld

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP);
Professor Titular da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP);
Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP);
E-mail: carlos@sundfeld.adv.br

RESUMO

O artigo trata da convivência entre as outorgas de direito ao uso da água para a geração de energia hidrelétrica, que envolve competências de mais de uma autoridade federal, e as outorgas posteriores para o abastecimento público, que podem envolver também competências estaduais e municipais. O tema se insere na discussão sobre qual deve ser a transição jurídica adequada em face de novas demandas regulatórias; estas geram dúvidas quanto à estabilidade ou à revogabilidade dos direitos anteriormente constituídos por atos ou contratos administrativos e quanto ao dever de indenizar os prejuízos sofridos pelos titulares dos direitos restringidos. A solução da legislação brasileira vigente foi, por um lado, garantir prioridade ao abastecimento público, e, por outro, permitir a indenização dos prejuízos do titular da outorga mais antiga. Como conclusão, o artigo cogita da conveniência de editar norma nacional que imponha o dever geral de, em face de novas demandas regulatórias, definir de modo mais específico o regime jurídico adequado para a transição.

Palavras-chave: Regulação. Lei Nacional de Recursos Hídricos.

*LEGAL PRIORITY OF PUBLIC WATER SUPPLY
AND ELECTRICITY GENERATION*

ABSTRACT

The article approaches the coexistence of two types of administrative authorizations. The first one concerns the use of water for electricity generation purposes and its expedition involves multiple federal entities. The second one grants to its beneficiary the right to explore water supply services and its expedition might also involve states and counties. In the case studied, the authorization for electricity generation preceded the authorization for water supply, causing a problem of legal transition for constituted rights due to new regulatory demands. These demands raise doubts about the stability and revocability of rights previously constituted by administrative acts or contracts. Brazil's legal order sets water supply as a priority and allows an indemnification for losses endured by the beneficiary of the older authorization. Nevertheless, the article concludes that a norm that ensures a general obligation of establishing a proper transition regime in cases of new regulatory demands would be convenient.

Keywords: Regulation; Hydric Resources National Statute.

INTRODUÇÃO

Um dos mais complexos desafios jurídicos derivados da regulação é o de, após a constituição de situações jurídicas ativas por atos ou contratos administrativos (concessões, autorizações e licenças, por exemplo), compatibilizá-los com outras regulações setoriais incidentes sobre a mesma atividade ou com programas decorrentes de normas ou atos posteriores. Como fazer os direitos já constituídos conviverem com as constantes demandas regulatórias?

Dada a variedade das soluções jurídicas construídas pelo Direito para viabilizar a regulação, não existe, obviamente, resposta geral ou principiológica para essa pergunta. Normas constitucionais e legais específicas, de resto em constante construção e mutação, é que procuram compor as situações por meio de arranjos que nem sempre são completos ou claros.

A *desapropriação*, com indenização prévia, justa e em dinheiro, e com o devido processo legal, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988/CR/88 (art. 5º, XXIV), é um desses arranjos, cuja aplicabilidade está consolidada em relação a direitos imobiliários. A *encampação* das concessões de serviço público, também com indenização prévia (Lei Federal n. 8.987, de 1995, art. 37), é outro arranjo conhecido. Um arranjo mais específico é o *decaimento* das autorizações de telecomunicações, com o direito do autorizado de manter suas atividades por mais cinco anos (Lei Federal n. 9.472, de 1997, art. 141).

Esses são exemplos de arranjos explícitos e relativamente bem delineados. Mas é comum que a legislação seja mais fluida quanto à incidência de novas demandas regulatórias sobre situações jurídicas ativas já constituídas, gerando discussões sobre a estabilidade ou não dessas situações, sobre a revogabilidade dos atos administrativos que as constituíram, sobre os limites da incidência de novas demandas regulatórias e sobre a indenizabilidade dos prejuízos.¹

Um dos campos de disciplina legal pouco densa é o das outorgas de direito ao uso da água, tema de crescente importância e em relação ao qual os conflitos tendem a se tornar mais e mais frequentes. O presente estudo, situado nesse campo, debruça-se sobre problema especialmente desafiador: o do regime de uso da água para geração de energia, que susci-

¹ Sobre esse debate, no Direito brasileiro, v. SUNDFELD, 1993, p. 38-52 e p. 86-118, especialmente os capítulos IV - Constituição de direitos privados por ato administrativo e VII - Sacrifícios de Direitos. Para o debate europeu, v. ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 2015, p. 129-186, especialmente o Capítulo XVII - A Incidência da Ação Administrativa nas Situações Jurídicas do Administrado.

ta competências das autoridades federais setoriais, e seu eventual conflito com o regime de uso da água para o abastecimento público, que pode envolver competências estaduais e mesmo municipais.

Para tratar do assunto, o estudo discute, no item 2, a configuração jurídica do serviço de geração de energia hidrelétrica, especialmente quanto aos bens e direitos a ele vinculados, como o reservatório e o direito de uso da água correspondente. No item 3, expõe o regime geral de uso das águas e o regime da captação para o abastecimento público.

Nos itens 4 e 5, o debate é sobre o modo de o uso múltiplo da água ser compatibilizado com os direitos de uso anteriores e sobre quais são, em relação ao serviço público federal de geração de energia, os efeitos da autorização posterior de uso de água expedida por autoridade estadual. A dúvida relevante é se, ao dar ao serviço de abastecimento a prioridade quanto ao uso da água, a legislação também lhe teria assegurado a gratuidade desse uso.

Na conclusão, o estudo defende a necessidade de o Direito brasileiro enfrentar, de modo abrangente, questões como a que é analisada, por meio da afirmação de um direito geral à transição adequada em face de novas demandas regulatórias.

1 O SERVIÇO DE GERAÇÃO DE ENERGIA, SUAS INSTALAÇÕES E DIREITOS ASSOCIADOS: CONFIGURAÇÃO HISTÓRICA

No início do século XX, o serviço de geração de energia hidrelétrica era juridicamente entendido, no Brasil, como atividade privada desenvolvida a partir de bem público.

Isso foi comum na experiência internacional do período: o início da produção de energia como atividade privada, por vezes vinculada à outorga de direito de uso sobre bens públicos (como no caso da energia hidrelétrica), à qual se seguiu uma intervenção pública crescente, por formas variadas (GARCÍA; MARTÍNEZ, 1997, p. 17 e ss). Em alguns casos, essa intervenção significaria a criação apenas de regulação administrativa intensa, por meio de autoridades autônomas (nos Estados Unidos da América, por exemplo). Em outros, levaria à submissão do setor à titularidade pública e à atuação privada por meio de contratos de concessão de serviço público (caso do Brasil, a partir de 1934). Chegou-se, inclusive, em muitos países, à ampla estatização da própria exploração, pela atuação de empresas estatais; no Brasil, essa estatização se iniciará no final da década

de 1940, terá seu marco com a criação da grande empresa estatal federal Eletrobrás, em 1962, e sofrerá recuo parcial com as privatizações a partir da metade da década de 1990.

Os serviços elétricos que, no início, eram privados e podiam envolver bens e competências dos vários entes da Federação, vieram a ser publicizados no Brasil pela Constituição Federal de 1934, que também iniciou o processo de federalização ao atribuir à União competência tanto para legislar sobre “águas e energia hidrelétrica” como para autorizar ou conceder “o aproveitamento industrial [...] das águas e da energia elétrica” (art. 5º, XIX, “j”, e arts. 119 e 137). O processo de federalização do setor viria a ser concluído com a Constituição de 1967, cujo art. 8º, XV, conferiria à União a titularidade da exploração dos “serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza”.²

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de manter a titularidade federal sobre “os serviços e instalações de energia elétrica” (art. 21, XII, “b”), e dar *status* constitucional expresso à previsão de que “potenciais de energia hidráulica” são bens da União (art. 20, VIII), incluiu entre os bens federais também “as águas em depósito”, quando “decorrentes de obras da União” (art. 26, I).

Com isso, está hoje estabelecido na própria CR/88 que não só os potenciais hidrelétricos são bens públicos, mas também o são os reservatórios para depósito de água que tenham sido construídos, diretamente ou por concessionárias, para as atividades hoje classificadas como serviços públicos da União (como os serviços de geração hidrelétrica), visto que são instalações funcionalmente vinculadas a eles³. São bens federais, portanto.⁴ De outro lado, a própria água existente nesses depósitos também é

² Para compreender a sucessão de normas constitucionais e legais, v. OLIVEIRA, 1973, p. 40-60.

³ Sobre o conceito de “instalações”, constante do art. 21, XII, “b” da CR/88, explica LOUREIRO, 2009, p. 98: “conjunto de bens corpóreos que adquire individualidade em razão de sua aptidão para a realização de um certo *propósito*. Os bens que compõem uma instalação são *funcionalmente* ordenados”. Quanto à inclusão dos reservatórios entre as instalações do serviço de geração, vale a observação de ÁLVARES, 1978, p. 172: os “reservatórios [...] se acham afetados de serviço público”, e “as águas do reservatório [têm] o caráter de águas públicas”.

⁴ No caso de outorgas anteriores ao Código de Águas e à Constituição de 1934, época em que os serviços não eram públicos, os bens adquiridos pelas concessionárias seriam privados. Mas, com a publicização, operada nesse ano, tais bens passaram a ficar sujeitos à reversão ao patrimônio público federal, ao final da concessão, com a indenização dos investimentos não amortizados (a respeito, por exemplo, TRF 1ª. Ac. 010455176, em CAMPOS, 2001, p. 560-2).

No caso dos empreendimentos surgidos antes do Código de Águas (como a famosa usina de Henry Borden, em Cubatão (SP), à qual se vinculam as represas de Guarapiranga e Billings, usina cuja origem remonta a uma concessão federal de exploração do potencial hidráulico feita em favor da empresa Light nos primeiros anos do século XX), a incorporação formal ao patrimônio da pessoa jurídica União não ocorreu até hoje, porque a relação de concessão nunca se extinguiu, estando em vigor continuamente. Essa continuidade tem a ver, de um lado, com as ampliações dos empreendimentos, que fre-

de titularidade da União.⁵ A justificativa desse regime é garantir ao serviço público federal os meios indispensáveis para seu funcionamento permanente.

Já nos primórdios, o poder público transferia à empresa privada, por meio de concessão de exploração de potencial hidráulico, três categorias básicas de direitos: o direito de fazer uso do bem público, o potencial de energia hidrelétrica, isto é, de certo volume de água geograficamente localizado, em quantidade suficiente para gerar a energia cuja produção era admitida; o direito de fazer uso, para sua atividade, de todas as instalações obtidas por seus próprios investimentos e obras, em que se incluem não só as instalações industriais (turbinas e prédios em que são instaladas), mas também os reservatórios construídos para o depósito da água que faz girarem as turbinas; e, ainda, o direito de comercializar a energia produzida, segundo as regras do setor.⁶

quentemente ocorreram, sobretudo nas primeiras décadas, aumentando os investimentos.

De outro lado, tem a ver com a própria história regulatória do setor elétrico, que envolveu diversas transições de modelo econômico, algumas bastante longas e radicais, que foram se processando ao mesmo tempo em que o sistema como um todo se expandia extraordinariamente e se integrava em âmbito nacional (para o período até 1983, consultar TÁCITO, 1984, p. 40-50; para o posterior, WALTENBERG, 2000, p. 352-377. Assim, por conta dos desequilíbrios causados pelas transições regulatórias, como regra geral não se conseguiu aplicar a cada concessão elétrica o mecanismo da extinção natural, ao fim do prazo de vigência inicialmente estipulado, e as concessões tiveram de ser prorrogadas e renovadas em sequência. Portanto, quando se diz que os reservatórios, como instalações do serviço elétrico, são bens federais, essa afirmação não pretende entrar no mérito sobre a ocorrência ou não da amortização dos investimentos, mas apenas destacar que os citados bens são *bens do serviço público federal* e a ele se vinculam, condição em que gozam do regime jurídico dos bens públicos, acompanhando o serviço em mãos de quem ele estiver.

5 Há autores que, contestando a opção terminológica da própria Constituição, advogam que a água não constituiria “bem público”, mas sim “bem social” (AYALA, 2007, p. 291) ou “bem ambiental” (FIORILLO; FERREIRA, 2009, p. 64).

Mas esse debate não tem impacto direto neste estudo, pois o objetivo das propostas dos autores não é contestar a competência, da entidade pública definida como titular da água, para fazer as outorgas do direito de uso, mas justamente o contrário: defender uma “gestão pública sobre as águas”, de caráter fiduciário, o que é correto (AYALA, 2007, p. 295).

De qualquer modo, têm sim importância as normas sobre a titularidade pública da água (titularidade essa que pode ser federal ou estadual, conforme o caso), pois é dessas normas que se extrai o critério para identificar a autoridade, se federal ou estadual, competente para a dita gestão pública da água, aí incluída a outorga de direitos de uso.

6 Um exemplo. O decreto do Presidente da República n. 16.844, de 27 de março de 1925, aprovou a execução do plano de obras da Light para os municípios de Salesópolis, Santos, Mogi das Cruzes, São Bernardo, Santo Amaro e Itapeverica, no Estado de São Paulo, para “aproveitamento da força hidráulica do rio Tietê e de alguns dos seus afluentes”, de que já era “concessionária, nos termos do Decreto n. 6.192, de 23 de outubro de 1906, dos favores constantes do Decreto n. 5.646, de 22 de agosto de 1905, para o aproveitamento de força hidráulica”. Da conjugação desses decretos federais, veio a forma definitiva da outorga federal em favor da Light do potencial hidrelétrico de que resultou a construção dos reservatórios de Guarapiranga e Billings e da usina Henry Borden. Para a execução do projeto, outras aprovações foram depois necessárias, como a da Lei do Estado de São Paulo n. 2.249, de 27 de novembro de 1927, que autorizou a empresa a canalizar, alargar, retificar e aprofundar o leito do rio Pinheiros e de alguns de seus afluentes. Sobre a história da empresa no período e suas outorgas, v. SANCHES, 2011, p. 88-107.

Por natureza, toda concessão de geração hidrelétrica é uma outorga de direitos sobre a água. Não existe a primeira sem a segunda: potenciais de energia hidráulica não podem ser dissociados do uso da água. A água é da essência da concessão de geração hidrelétrica, cujo objetivo nada mais é do que transformar a energia das águas em energia elétrica (LIMA, 2015, p.145).

O serviço público de geração tem vinculado a si o direito de uso dos recursos hídricos necessários, em função dos quais o empreendimento foi implantado.⁷ Esse direito é constituído “automaticamente” em favor da “instituição ou empresa que receber a concessão ou autorização de uso de potencial de energia hidráulica” (Lei Nacional de Recursos Hídricos, n. 9.433, de 1997, art. 7º, § 3º).⁸

Em face desse regime jurídico, os reservatórios construídos e mantidos para viabilizar o que, atualmente, é o serviço público federal de geração de energia elétrica - e a água a ele associada, da qual a geração hidrelétrica não pode prescindir - integram o conjunto de bens e de direitos da União correspondentes a esse serviço e, nessa condição, seu uso e sua exploração estão delegados às concessionárias (empresas do setor privado

⁷ Nos anos iniciais, em que a geração hidrelétrica era atividade privada, a concessão pública tinha o caráter de concessão dominial, de uso de bem público (a água e seu potencial energético) para atividade industrial. Quando a geração se tornou serviço público, a concessão passou a ser mais ampla, incluindo o direito e o dever de prestar o próprio serviço, sob regulação do concedente, e o natural direito de usar o indispensável bem público. A respeito: MACHADO, 1998, p. 15 e ss.

Na geração de energia hidrelétrica por concessão de serviço, “naturalmente [...] a utilização desses bens públicos constitui, para a concessionária, um direito de que o contrato de concessão regula a fruição” (AUBY; BOM; AUBY; e TERNEYRE, 2016, p. 115). POMPEU, 1972, p. 172-173, analisando a situação de outorga do uso da água, um bem público, para a concessão de serviço público, explica: “o uso do bem público estaria incluído no objeto da concessão de serviço, por ser a sua própria essência”. Ao ver do autor, seria inexistente falar, no caso, de uma concessão de uso da água, pois esta não teria qualquer autonomia, não tendo como ser separada da própria concessão de serviço.

⁸ MACHADO, 2013, p. 531, falando em “consequência automática”, explica: “quem receber a concessão ou a autorização de uso de potencial de energia hidráulica receberá a outorga de direito de uso de recursos hídricos”. Hoje em dia, essa operação envolve a atuação, no âmbito federal, de duas autoridades distintas: a ANA - Agência Nacional de Águas, que fará a reserva prévia da disponibilidade hídrica, e a ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, que fará a licitação e a outorga do potencial hidrelétrico e do serviço público de geração, nas quais estará automaticamente embutido o direito de uso do recurso hídrico reservado para esse fim. No passado, até 1997, não havia essa dissociação de competências, que estavam concentradas na mesma autoridade. No âmbito federal, por exemplo, em 1939, para dar execução ao Código de Águas, foi criado o CNAEE - Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, que seria extinto em 1969 e teria suas competências repassadas para o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, que seria extinto quando da criação da ANEEL, em 1996, e do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, em 1997, e da ANA, em 2000.

Aliás, o art. 17 do projeto da Lei Nacional de Recursos Hídricos, aprovado pelo Congresso Nacional, procurava deixar clara a aludida separação de competências. Mas acabou vetado quando da edição da lei, em 1997, porque tinha redação confusa, gerando insegurança, como explica GRANZIERA, 2001, p. 191. O silêncio legal veio a ser resolvido com o art. 7º da Lei de Criação da ANA, n. 9.984, de 2000, que regulou a articulação das competências das diferentes agências (esse artigo teria nova redação com a Lei n. 3.081, de 2015).

ou empresas estatais, conforme o caso).

2. O USO MÚLTIPLO DAS ÁGUAS E O RESPEITO, PELAS AUTORIZAÇÕES DE DERIVAÇÃO POSTERIORES, DOS DIREITOS CONSTITUÍDOS ANTERIORMENTE

Todavia, a titularidade federal ou estadual desses bens e serviços não é o mais importante. É que a titularidade, seja de que ente público for, não exclui - e jamais excluiu - a articulação e convivência, quanto à água, entre usos e serviços diversos e entre as competências dos vários entes. Em outros termos, embora as águas que, no regime atual, são sempre públicas, possam ser de titularidade ora federal, ora estadual, isso não significa que o uso correspondente seja exclusivo de seu titular.

Os direitos de uso desses bens públicos podem ser outorgados a terceiros, para fins privados ou públicos, lucrativos ou não. E é natural que o sejam. Isso, aliás, é reconhecido pela própria CR/88, que, após atribuir à União a competência legislativa para “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos”, incluiu em seu escopo a definição de “critérios de outorga de direitos de seu uso” (art. 21, XIX).

A água do reservatório vinculado a um serviço público federal de geração - e a cujo uso o prestador tem direitos constituídos em virtude da implantação do empreendimento - pode ser objeto de outros usos. Esse regime decorre de normas mais gerais. A CR/88, por exemplo, prevê que a União fará sua exploração “em articulação com os Estados onde se situam os potenciais energéticos” (art. 21, XII, “b”, *in fine*).⁹ A vigente Lei Nacional de Recursos Hídricos assegura o “uso múltiplo das águas” (art. 1º, IV), e a “utilização racional e integrada dos recursos hídricos” (art. 2º, II).

Já no velho Código de Águas (Decreto Federal n. 24.643, editado com força de lei), que, em 1934, organizou o regime das águas e da energia hidráulica no Brasil, dizia-se ser “permitido a todos usar de quaisquer águas públicas”, mas isso, por óbvio, observando-se “os regulamentos administrativos” (art. 36, *caput*). O próprio Código de Águas previu a possibilidade de fazer o aproveitamento das águas públicas para serviços públicos (arts. 43 e 44), assegurando-se, inclusive, a preferência para o

⁹ Até que a Constituição de 1988 atribuisse apenas à União a titularidade dos potenciais de energia hidrelétrica, os Estados também tinham essa titularidade, em certos casos. A norma da parte final do art. 21, XII, “b”, foi, portanto, uma solução de compromisso, procurando manter para os Estados algum espaço de influência no exercício das competências federais decorrentes dessa titularidade. V. LOUREIRO, 2009, p. 160, nota 265.

serviço de abastecimento das populações (art. 36, § 1º).

Em qualquer caso, seria necessário ato administrativo autorizando a derivação (o nome da época, no caso de serviço de utilidade pública, era “concessão de derivação” - art. 43, *caput*), com essa importante condição de ordem pública: “Art. 45 - Em toda a concessão [de derivação de águas] se estipulará, sempre, a cláusula de ressalva dos direitos de terceiros”.¹⁰

Logo, embora seja possível que a água do reservatório que integra o serviço de geração seja utilizada também para outros fins - em concorrência, portanto, com a usina -, os direitos econômicos anteriores do serviço de geração têm de ser respeitados pelos sujeitos que receberem outorgas posteriores.

Essa norma nacional, existente desde 1934, não foi revogada ou superada. Ao contrário, veio a ser reforçada pela vigente Lei Nacional de Recursos Hídricos. Esta manteve a exigência de outorga pública para a derivação de água, por ato de autorização, inclusive quando feita para serviços de abastecimento (art. 12, I), condicionando-a ao seguinte: “A outorga de uso dos recursos hídricos deverá preservar o uso múltiplo destes” (art. 13, parágrafo único).

O regime jurídico é claro. A outorga a terceiros de direito ao uso de água de reservatório do serviço público de geração instalado e em funcionamento, conquanto possa ser feita, não poderá prejudicar o uso múltiplo dessas águas. Tampouco poderá prejudicar ou expropriar de modo automático os direitos já constituídos em favor do serviço mais antigo, os quais também não são revogáveis discricionariamente.¹¹

Isso condiciona também o uso da água desse reservatório para o abastecimento público. É certo que, em “situações de escassez”, esse uso,

10 Comentando o dispositivo, NUNES, 1980, p. 167, esclarece tratar-se dos “direitos de terceiros resultantes de concessão anterior”.

11 Embora, em algumas leis de direito administrativo, o termo “autorização” seja usado para imprimir um regime de relativa precariedade para as outorgas, no sentido de revogabilidade discricionária, este não é o caso da Lei Nacional de Recursos Hídricos, cujo regime é diverso, dada a constituição de direitos subjetivos, razão inclusive da inconveniência da opção terminológica, como observa GRANZIERA, 2009, p. 203. Quanto à impossibilidade de revogação puramente discricionária da autorização de derivação de água, vale a lição precisa de TÁCITO, 1997, p. 737-8, formulada em caráter geral:

“O efeito constitutivo da autorização se configura tanto na explicitação dos poderes virtuais do direito individual, como ainda na imposição de deveres e obrigações a terceiros e à própria administração.

“Resulta, dessa circunstância, um limite à revogabilidade das autorizações, que não se podem desfazer, discricionariamente, uma vez consolidado o direito individual. [...]”

“Não é outra a tradição de nosso direito administrativo. Os atos discricionários são, em princípio, livremente revogáveis, mediante nova apreciação do mérito. A regra cede, no entanto, diante dos efeitos consumados que importam a criação de direitos subjetivos, protegidos pelo princípio geral de legalidade.”

por atender ao “consumo humano”, tem prioridade legal sobre outros usos da água, inclusive sobre a geração de energia (Lei Nacional de Recursos Hídricos, art. 1º, III, em disposição semelhante à que já constava no Código de Águas).

Só que a lei apenas garantiu prioridade no uso, sem impor a extinção das anteriores autorizações de uso. Essas se manterão vigentes, salvo quando - e se - vierem a ser formalmente extintas por ato motivado da autoridade competente, em processo adequado e com as indenizações devidas.¹²

A outorga posterior da mesma água para o abastecimento não extingue o direito de uso anterior da geração de energia, se a própria concessão desse serviço ainda está vigente. Para que o direito de uso da água vinculado à usina desaparecesse, ou tivesse sua extensão diminuída, a própria concessão de serviço teria de ser previamente encampada pela União, com indenização também prévia (Lei Nacional de Concessão, n. 8.987, de 1995, art. 37).

Assim, a autorização de derivação que, posteriormente à implantação da geração de energia hidrelétrica, seja outorgada a empresa de abastecimento público de água, deve, necessariamente, respeitar o direito de uso da disponibilidade hídrica associada ao serviço federal de geração, do qual decorre, no mínimo, o dever de indenizar.¹³ Os direitos mais recentes do abastecimento (direitos *in natura* à prioridade na derivação da água) não excluem os direitos econômicos mais antigos do serviço elétrico.

Incide no caso, por força da legislação, em favor do serviço público mais antigo, um *princípio da proteção da anterioridade no uso das águas*, o qual, em face da superveniência de direito de uso conflitante, preserva ao menos os efeitos econômicos dos direitos constituídos por outorga administrativa precedente e ainda em vigor.¹⁴ Essa proteção se traduz, no limite, no direito de o outorgado inicial exigir do outorgado mais recente a

12 Lei Nacional de Recursos Hídricos, art. 15, V: “a outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado”, se houver “necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas”. O dispositivo é claro e afasta qualquer ideia de extinção automática.

13 Esse preceito, relativo à proteção de um serviço público (o de energia), ainda mais se fortalece diante da constatação de que uma jurisprudência consistente vem reconhecendo direito de indenização, por empresa estatal a exploradores de atividades puramente privadas, como a irrigação, mesmo quando preteridas em favor do consumo humano. A respeito, TRF-5, Apelação/Reexame Necessário nºs 14.560, 14.567 e 14.865.

14 Não se trata de peculiaridade do Direito brasileiro. Na experiência norte-americana, por exemplo, conquanto haja grande diversidade entre os direitos de águas dos vários Estados, a regra predominante é também a da proteção da anterioridade, com suas consequências econômicas. A respeito, v. LAITOS; TOMAIN, 1992, p. 363 e ss..

indenização dos prejuízos que sofrer.

3 O DIREITO AO USO ECONÔMICO DA ÁGUA JÁ INTEGRADO AO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL NÃO PODE SER DESAPROPRIADO POR ATO ESTADUAL POSTERIOR

Como foi demonstrado, é possível que uma outorga administrativa expedida em favor de prestadora do serviço de abastecimento público autorize a derivação de água de reservatório anteriormente construído para a geração de energia. Mas em qualquer caso, estarão ressalvados os direitos anteriores de terceiros e, muito especialmente, os direitos da União - titular das instalações e dos serviços elétricos que viabilizaram a disponibilidade da água a derivar - e de suas concessionárias de serviço público.

Em virtude do regime expresso nas normas aplicáveis, a obtenção, pela prestadora do serviço de abastecimento, de autorização para a derivação de água de reservatório de geração de energia, não tem juridicamente como imunizá-la contra o respeito aos direitos econômicos anteriores da concessionária do serviço federal de geração de energia.¹⁵

Para licitamente retirar água do reservatório, é preciso que a prestadora, além de deter autorização administrativa de derivação, respeite os direitos econômicos associados às instalações e ao serviço público federal de geração, que são anteriores e seguem existindo.

Esses direitos da geração, especialmente quando a nova autorização vem de órgão estadual de regulação hídrica, como é mais comum, não são desapropriados pelo ato desse órgão. É que os Estados não desapropriam bens e direitos dos serviços federais, embora o contrário seja possível (art. 2º, § 2º, da Lei de Desapropriação, o Decreto-Lei n. 3.365, de 1941).

Jamais seria um órgão estadual o competente para, unilateralmente, impor a extinção da outorga de direito de uso para geração de energia, uma outorga oriunda da União, por estar vinculada a serviço público federal, que usa bem federal; a vontade do Estado não pode prevalecer sobre a da União, ao menos nesse caso.¹⁶ Ademais, em termos mais gerais,

15 Falando do “uso do potencial de energia elétrica”, MARQUES, 2010, p. 475, destaca corretamente a presença e proteção “do interesse econômico do empreendedor”, o qual “é acompanhado do interesse coletivo de geração de energia elétrica”.

16 É a ponderação de MACEDO, 2010: “para efeito de aproveitamento energético deverá predominar a vontade nacional sempre que confrontada com o princípio da autonomia dos Estados, isto porque se está diante de uma situação regional cujo deslinde entende com a questão da estratégia e da segurança nacional”.

é às autoridades nacionais que cabe, em articulação com os Estados, e não às autoridades estaduais isoladamente criar a Política Nacional de Recursos Hídricos, que compatibilizará as outorgas de uso da água (arts. 4º e 7º, VIII) e será observada quando das outorgas estaduais (art. 30, I).

Se assim é, como dar eficácia, nesses casos de outorga anterior em favor da geração hidrelétrica, à competência pública para autorizar o uso da água para o abastecimento?

4 A COMPENSAÇÃO ECONÔMICA PELA REGULAÇÃO EXPROPRIATÓRIA COMO MODO DE RESPEITAR OS DIREITOS DE ANTERIORIDADE DO SERVIÇO FEDERAL DE GERAÇÃO DE ENERGIA

Não se porá um problema de incompatibilidade prática entre as outorgas de uso se a concessionária federal não se opuser à captação em si da água para o abastecimento. Mas um conflito ocorrerá se houver a recusa da empresa de abastecimento em compensar a empresa de geração pela perda financeira causada.

Será que a prioridade legal do abastecimento na captação da água inclui o direito à gratuidade?

Em termos lógicos, o pagamento de compensações financeiras é compatível com o exercício, pela empresa de abastecimento de água, do direito *in natura* de derivar água, oriundo da autorização, donde não haver sentido em supor que o surgimento dessa autorização excluiria todos os direitos da empresa de energia - e, muito especialmente, que impediria ou dispensaria o pagamento pelos prejuízos sofridos por essa empresa. O desembolso de dinheiro não obsta nem obstrui o uso prioritário da água; apenas o condiciona financeiramente.

Além disso, o serviço de abastecimento de água à população não é gratuito. A prestadora recebe tarifas de seus usuários para cobrir todos os seus custos. Em geral, trata-se de empresa, que distribui lucros a seus acionistas, de modo que a água que deriva do reservatório de energia será utilizada para uma exploração econômica lucrativa.

A concessionária do serviço público federal de geração de energia elétrica tem direito ao uso da água do reservatório correspondente, cuja fruição econômica é indispensável à viabilidade da prestação do serviço concedido e é outorgada pela concessão.

O modo correto de compatibilizar os direitos concorrentes sobre

a água do mesmo reservatório é: por um lado, assegurar-se, quanto à captação em si, da prioridade ao serviço de abastecimento; e, quanto à questão econômica, fazer-se a compensação, pelo serviço beneficiado (o de abastecimento), das perdas financeiras que tal captação cause ao serviço mais antigo e onerado (o de geração de energia, que titulariza e mantém as instalações, tendo arcado e ainda arcando com os respectivos investimentos e despesas de custeio).

Pode-se cogitar aqui da aplicação da ideia de regulação com efeitos expropriatórios *ope legis*. É a própria lei nacional a responsável por impor a prioridade do abastecimento sobre outros usos da água, o que inclui a hipótese de, sendo os recursos insuficientes para a captação concomitante, o titular de direitos anteriores ver-se impedido ou limitado no seu exercício *in natura*. Portanto, resulta da lei uma regulação potencialmente expropriatória. Mas expropriações não se confundem com confisco, tampouco com revogações administrativas por conveniência e oportunidade. Em suma: regulações expropriatórias dão direito a indenização, em forma adequada.¹⁷

No caso, tendo sido a lei específica silente a respeito do dever de compensar, seu fundamento jurídico pode ser buscado em normas mais gerais de Direito. Em primeiro lugar, a norma que impede o enriquecimento sem justa causa, às custas de outrem (Código Civil, art. 884). E esse enriquecimento ocorreria se, para explorar os serviços econômicos pelos quais é remunerada mediante tarifa, a empresa de abastecimento pudesse usar, sem quaisquer custos, o patrimônio federal, concedido ou não. De outro lado, na norma que impõe a quem, por ação voluntária, causar dano a outrem, o dever de indenizar (Código Civil, art. 186). A retirada de água pela empresa de abastecimento priva a empresa de energia de insumo indispensável à geração, afetando sua capacidade de prestar o serviço público concedido e de auferir a receita a ele vinculada, que são direitos constituídos em seu favor, causando-lhe o prejuízo correspondente.

A pergunta remanescente é: tem importância jurídica a hipótese de o ato de outorga do direito ao uso da água não dizer expressamente que a empresa de abastecimento deve fazer pagamento de compensação a terceiros? Isso dá direito à captação gratuita?

A resposta é negativa. A autorização administrativa para o abastecimento não tem efeitos paralisantes de competências e direitos titulariza-

¹⁷ Sobre regulações expropriatórias na experiência norte-americana, v. MERCURO, 1992; e FISCHER, 1995. No Brasil, v. BINENBOJM, 2010; CYRINO, 2014, p. 199-235; e KALAOUN, 2016.

dos por terceiros, e muito especialmente pela União e por suas concessionárias, em relação ao reservatório de geração e à água nele depositada. Não existe previsão expressa em norma constitucional, legal ou regulamentar de qualquer espécie de que as autorizações expedidas pelos órgãos estaduais, para a derivação de água de reservatório anteriormente construído para o serviço federal de geração de energia elétrica dariam às autorizadas o direito de fazê-lo sem qualquer outra exigência ou condição.

Se não há norma expressa nesse sentido, seria a imunidade uma consequência jurídica necessária da autorização de derivação?

Autorização administrativa de espécie alguma tem tais efeitos imunizantes. A licença municipal ao particular para erigir construção sobre terreno da Marinha ou para nele manter estabelecimento comercial não o dispensa de observar as condições impostas pela União para uso privado do imóvel cuja titularidade pertence a ela; tampouco o dispensa do pagamento do foro anual. As licenças municipais são condições necessárias da licitude da edificação e do uso comercial do imóvel, mas estão longe de ser condições suficientes.

Em outro exemplo, nem o licenciamento anual dos veículos nem a licença para conduzi-los, expedidos pela autoridade estadual de trânsito, desobrigam os motoristas de pagar pedágio quando transitarem por uma rodovia federal concedida. Tais licenciamentos são condições necessárias - mas não suficientes - para o trânsito lícito pela rodovia.

Portanto, a concessionária de energia tem direito à compensação econômica. Resta, então, saber se a indenização dos prejuízos poderia ser transferida compulsoriamente à União, concedente do serviço, sob o argumento de que sua concessionária de energia estaria sofrendo um desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato de concessão.

Não é o caso, pois não se trata propriamente de reequilíbrio da concessão de energia elétrica, mas de compensação, pelo serviço mais novo (o de abastecimento de água), das perdas do mais antigo. Das normas sobre a harmonização dos usos de recursos hídricos, vistas anteriormente, resulta o dever de a autorizada posterior respeitar os direitos da anterior. Por isso, não há como, em princípio, impor à União, titular do serviço precedente, o ônus de, mediante o reequilíbrio da concessão, suportar perdas causadas pelo serviço de abastecimento de água, autorizado posteriormente.¹⁸

¹⁸ Mas o dever de a empresa de abastecimento indenizar não existirá se, por deliberação autônoma da própria União, titular do serviço, o sistema elétrico tiver mecanismos para compensar automática, imediata e integralmente a empresa de energia pelas perdas decorrentes da impossibilidade de gerar. Isso porque, na hipótese, não haverá mais prejuízo a ser compensado: para fins financeiros, o sistema elétrico procederá perante sua concessionária como se ela de fato houvesse gerado energia.

CONCLUSÃO

A segurança jurídica é valor fundamental na vida econômica, de modo que a implantação de novos programas, por mais relevantes, urgentes ou prioritários que sejam, não pode dispensar a adequada composição entre situações constituídas no passado e novas demandas regulatórias.

O exemplo apresentado neste estudo é de conflito que, não podendo ser resolvido pela simples eliminação dos direitos já constituídos (direitos ao uso do reservatório e da água pelo serviço de geração de energia, responsável pelos investimentos correspondentes), foi composto de modo apenas indireto pelas normas setoriais sobre água (as quais, ao mesmo tempo, dão prioridade ao abastecimento público na captação e impõem o respeito aos direitos anteriores), de modo que sua solução completa deve basear-se em normas mais gerais sobre o dever de indenizar para evitar o enriquecimento ilícito e compensar os prejuízos econômicos causados.

Conquanto o dever de indenizar seja solução juridicamente correta para o caso, sua afirmação - o que este estudo procurou fazer e fundamentar - está longe de ser suficiente para a necessária segurança jurídica. Há um claro *déficit* de procedimento nas normas setoriais envolvidas, as quais permitem o surgimento de novas outorgas, com impactos sobre direitos anteriores, sem que a questão vital da transição seja analisada no momento certo e de modo completo.

Como se pode evoluir juridicamente quanto a isso?

Uma alternativa seria a complementação das normas legais setoriais para impor procedimentos capazes de equacionar adequadamente a transição, para casos como o tratado neste estudo. Alternativa mais abrangente - pois valeria para qualquer setor e para todas as esferas da Federação - seria a inclusão, no Direito brasileiro, de norma geral que determine que toda decisão administrativa que impuser dever ou condicionamento novo de direito deverá prever um regime de transição; e, caso a decisão não o preveja, que seja garantida ao sujeito obrigado a possibilidade de negociar tal regime com a autoridade, como condição de eficácia do novo dever ou condicionamento.

Proposta nesse último sentido está sendo examinada no Congres-

Se não houver isso, a empresa de abastecimento estará obrigada a compensar os prejuízos que estiver causando ao gerador. E essa obrigação persistirá enquanto existir o empreendimento público elétrico, em mãos diretamente da União ou de qualquer empresa a quem ela transferir esse direito.

so Nacional, no Projeto de Lei do Senado n. 349, de 2015, apresentado pelo Senador Antônio Anastasia, com o objetivo de incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - o Decreto-Lei n. 4.657, de 1942, antiga Lei de Introdução ao Código Civil -, diversas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.¹⁹

O argumento final deste artigo é que o *direito geral à transição adequada* deve ser afirmado na regulação administrativa brasileira, sendo perigoso que novas demandas regulatórias sejam criadas sem que, no momento oportuno, se considerem e se conciliem seus efeitos sobre as situações já constituídas.

REFERÊNCIAS

ÁLVARES, Walter T. *Curso de Direito da Energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre; AUBY, Jean-Bernard; e TERNEYRE, Philippe. *Droit Administratif des Biens*. Paris: Dalloz, 7. ed., 2016.

AYALA, Patrick de Araújo. Deveres Ecológicos e Regulamentação da Atividade Econômica na Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; LOPES, J.R. Morato (orgs). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, p. 291, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Regulações expropriatórias, *Revista Justiça e Cidadania*, n. 117, 2010. Disponível em: <www.editorajc.com.br/2010/04/regulacoes-expropriatorias>. Acesso em 2 jan. 2017

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1934.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do*

19 A ideia tem origem acadêmica, como destacado pelo Senador na justificativa de seu projeto, que acolheu o texto proposto por SUNDFELD e MARQUES NETO, 2013, p. 277-285.

Na versão aprovada pelo Senador Federal em 29 de março de 2017, o tema específico foi tratado no seguinte dispositivo: “Art. 23 - A decisão administrativa, controladora ou judicial que, com base em norma indeterminada, impuser direito ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova, deverá prever um regime de transição, quando indispensável para que a submissão às exigências se opere de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais. Parágrafo único - Se o regime de transição não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso”.

Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1967.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código de Águas. *Decreto federal n. 24.643*, de 10 de julho de 1934. Editado com força de lei. CLBR de 1934 e retificado em 27 jul. 1934.

BRASIL. Código Civil. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. *Decreto federal n. 16.844*, de 27 de março de 1925. Diário Oficial, Rio de Janeiro, RJ, 18 maio 1925.

BRASIL. Lei de Desapropriação. *Decreto-lei n. 3.365*, de 21 de junho de 1941. Diário Oficial, Brasília, DF, 18 jul. 1941.

BRASIL. Lei Nacional de Concessão. *Lei federal n. 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Diário Oficial, Brasília, DF, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei Nacional de Recursos Hídricos. *Lei federal n. 9.433*, de 8 de janeiro de 1997. Diário Oficial, Brasília, DF, 9 jan. 97.

BRASIL. *Lei federal n. 9.472*, de 16 de julho de 1997. Diário Oficial, Brasília, DF, de 17 jul. 1997.

BRASIL. Lei de criação da ANA. *Lei federal n. 9.984*, de 17 de julho de 2000. Diário Oficial, Brasília, DF, 18 jul. 2000.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 349*, de 2015, apresentado pelo Senador Antônio Anastasia. Altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro [Decreto-lei n. 4.657, de 1942, antiga Lei de Introdução ao Código Civil]. Brasília, DF. Senado Federal, Protocolado em 9 jun. 2015.

CAMPOS, Clever M. *Introdução ao Direito de Energia Elétrica*. São Paulo: Ícone, 2001.

CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV e Fórum, v. 267, p. 199-235, set./dez, 2014.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso*

de Direito Administrativo. Tomo II. Trad. José Alberto Froes Cal, revisor Carlos Ari Sunfeld (tradução da 16. ed. espanhola). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; e FERREIRA, Renata Marques. *Curso de Direito da Energia*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FISCHEL, William A.. *Regulatory Takings - Law, Economics and Politics*. Cambridge, Harvard University Press, 1995.

GARCÍA, Vicente Alvarez; e MARTÍNEZ, Rafael Duarte, *Administración Pública y Electricidad*, Civitas, 1997.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas - Disciplina Jurídica das Águas Doces*. São Paulo: Atlas, 2001.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009.

KALAOUN, Luiza Vereza Batista. *Regulações Expropriatórias: requisitos procedimentais e parâmetros materiais de identificação*. Dissertação de mestrado, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2016.

LAITOS, Jan G.; TOMAIN, Joseph P.. *Energy and Natural Resources Law*. St. Paul: West Publishing, 1992.

LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Regime Jurídico da Geração de Energia Elétrica. *Revista Brasileira de Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, v. 7, p.145, jan./jun. 2015.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, Energia e Setor Elétrico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MACEDO, Dimas. Recursos Hídricos e Constituição - A Água como Bem de Domínio Público. *Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, v. 60, mar./abr., 2010. Disponível em: <bidforum.com.br>. Acesso em: 2 jan. 2017.

MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y mercado*, v. IV - *El Sistema Eléctrico*. Madri: Civitas, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 21. ed., 2013.

MARQUES, Márcio Pina. *Direito da Energia Elétrica no Brasil - Aspectos Institucionais, Regulatórios e Socioambientais*. In: CASTRO, Marcus Faro de; e LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher (orgs.). Brasília: UNB e ANEEL, 2010.

MERCURO, Nicholas (edit.). *Taking Property and Just Compensation: Law and Economics Perspectives of the Takings Issue*, New York: Springer Science + Business Media, LLC, 1992.

NUNES, Antônio de Pádua. *Código de Águas - Anotações em Face da Doutrina, da Jurisprudência e das Leis Posteriores e do Projeto de Alfredo Valladão de 1907*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1980.

OLIVEIRA, Fernando Albino de, Concessão dos Serviços Públicos de Energia Elétrica: sua Evolução no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, jan./mar., 1973, p. 40-60.

POMPEU, Cid Tomanik. Regime Jurídico da Concessão de Uso das Águas Públicas. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, jul./dez. 1972, p. 172.

SANCHES, Luiz Antônio Ugeda. *Curso de Direito da Energia. Tomo I - Da História*. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari; e MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e seu Controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 277-285.

SÃO PAULO. *Lei do Estado de São Paulo n. 2.249*, de 27 de dezembro de 1927. Diário Oficial. Rio de Janeiro, RJ, 1º jan. 1928.

TÁCITO, Caio, Regime Jurídico das Concessões de Energia Elétrica no Brasil. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 71, jul./dez., 1984, p. 40-50.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público - Estudos e Pareceres*, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *AC 010455176. MG. 3ª Turma. DJU 05.05.2000.*

Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação/Reexame Necessário n. 14560. j. 12.4. 2011, Rel. Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti, v.u..*

Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação/Reexame Necessário n. 14567. j. 26. 4.2011, Rel. Margarida Cantarelli, v.u..*

Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação/Reexame Necessário n. 14.865. j. 5.4.2011, rel. Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti, maioria.*

WALTENBERG, David. O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In. SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 352-377.

Artigo recebido em: 18/04/2017.

Artigo aceito em: 03/05/2017.

Como citar este artigo (ABNT):

SUNDFELD, Carlos Ari. Prioridade Legal do Abastecimento Público e Geração Hidrelétrica. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 361-380, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1052>>. Acesso em: dia mês. ano.

NORMAS DE SUBMISSÃO

Os textos devem ser submetidos gratuitamente na página eletrônica da Revista após o cadastro como “AUTOR” (<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/user/register>) seguindo-se os passos de submissão. Em caso de dificuldades, enviar e-mail para: veredas@domhelder.edu.br

A Revista Veredas do Direito não cobra taxas de submissão de artigo ou taxas de processamento de artigo.

A Revista Veredas do Direito publica artigos originais de pesquisadores Doutores ou Doutores acompanhados de coautor com titulação mínima de bacharel, das áreas de Direito Ambiental e ciências afins que pesquisam temas na perspectiva dos descritos na revista.

Traduções somente serão aceitas caso o texto seja inédito no Brasil e o tradutor figure como coautor do texto.

PROCESSO DE AVALIAÇÃO

Os artigos submetidos pelo site da Revista passarão por duas fases de avaliação: a primeira fase será realizada pela Equipe Editorial e se destina à verificação do cumprimento das Diretrizes para Autores disponíveis no site da Revista; em caso de aprovação na primeira fase, o artigo será encaminhado para a avaliação cega por pares, sendo essa avaliação a segunda fase.

Na segunda fase – avaliação cega por pares – o artigo poderá ser aprovado, aprovado com correções obrigatórias ou rejeitado.

Em todos os casos a decisão editorial e as avaliações serão enviadas por email ao autor – em caso de coautoria, ao coautor que se cadastrou na submissão como contato principal. No caso de aprovação com correções obrigatórias, o autor terá 5 dias úteis para enviar pelo sistema da Revista a versão corrigida do artigo, que passará por conferência da Equipe Editorial.

DETECÇÃO DE PLÁGIO

Todos os artigos submetidos à Revista serão previamente analisados pelo detector de plágio Ephorus (Turnitin). Os artigos reprovados pelo detector serão minunciosamente analisados pela Equipe Editorial e, quando for o caso, a Equipe solicitará informações adicionais ao autor. Caso o plágio seja confirmado pela Equipe Editorial da Revista, o artigo será sumariamente rejeitado.

INSTRUÇÕES PARA PREENCHIMENTO DOS METADADOS DA SUBMISSÃO

O nome completo, endereço de email, afiliação e o resumo da biografia de todos os autores do artigo deverão ser informados com a grafia correta na inserção de metadados durante o processo de submissão.

A afiliação é o vínculo atual do autor, devendo-se informar o nome completo e a sigla da instituição, bem como cidade, estado e país desta.

No campo “Resumo da Biografia” de cada autor, deve-se informar a titulação em ordem decrescente e a respectiva instituição de obtenção, indicando ainda a sigla da instituição entre parênteses. Após, deve-se informar a afiliação.

Ex.:

Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte-MG, Brasil.

Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte-MG, Brasil.

Professor da graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte-MG, Brasil.

Não é permitido mencionar publicações do autor no “Resumo da Biografia”.

Ao final do “Resumo da Biografia”, deve-se fornecer o link para o currículo Lattes de cada autor.

Caso os metadados não sejam preenchidos corretamente, o autor será

notificado para corrigi-los em 02 dias úteis, sob pena de rejeição do artigo.

Solicita-se que, antes de transferir o trabalho, sejam retirados do texto os dados de identificação do(s) autor(es), bem como sejam apagadas as identificações em “Arquivo/Propriedades/Resumo” do Word, de forma que a avaliação seja cega (sistema de duplo cego ou *Double Blind Peer Review*).

PESQUISAS FINANCIADAS

Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento devem ser devidamente identificados por nota de rodapé inserida no título do artigo, especificando-se o órgão de fomento e o edital.

PRIORIDADE DE PUBLICAÇÃO

Os seguintes artigos terão prioridade de publicação:

- Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento,
- Artigos escritos em coautoria com professor vinculado a IES estrangeira.
- Artigos escritos em coautoria com professor permanente de Programa de IES de diferente unidade da federação.

OBSERVÂNCIA DAS DIRETRIZES PARA AUTORES

O Conselho Editorial e a Equipe Editorial reservam-se o direito, em pré-avaliação ou pós-avaliação, de apontar correções e complementações necessárias nos trabalhos recebidos, devolvendo-os aos autores para sua devida adequação às normas da Revista. Depois do *check list*, da pré-avaliação da Equipe Editorial, se aprovados, os textos seguem para avaliadores externos.

Todos os textos avaliados que tiverem indicação de correções obrigatórias, apontadas em parecer e/ou comentários, deverão ser revistos pelos autores e devolvidos para nova avaliação pela Equipe Editorial em um prazo de 05 (cinco) dias úteis.

APRESENTAÇÃO GRÁFICA DOS TEXTOS

Os textos devem ser submetidos em formato Word, tamanho A4, orientação “retrato”, fonte 12, Times New Roman, em espaço 1,5 com as seguintes margens: superior e esquerda de 3,0cm e direita e inferior de 2,0cm.

A primeira linha de cada parágrafo deve ter espaço de 1,5cm em relação à margem esquerda.

As citações com mais de 03 linhas devem ter recuo em 4,0cm, fonte 10, espaço entre linhas simples.

Na editoração os textos receberão diagramação no padrão gráfico da Revista.

Tabelas, formulários, gráficos e desenhos não podem ocupar mais de 25% do total do texto, devendo ser numerados com algarismos arábicos e referenciados conforme as regras da ABNT.

Os artigos deverão ter o mínimo de 15 e o máximo de 25 laudas (aproximadamente entre 40.000 e 60.000 caracteres com espaços). Textos maiores poderão ser autorizados, a partir da avaliação da Comissão Editorial, e o registro dessa solicitação deverá ser feito como observação na submissão.

Todos os textos devem ser postados corrigidos. A Revista Veredas do Direito se reserva o direito de efetuar nos textos originalmente enviados alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical para manter o padrão culto da língua sem, entretanto, interferir no estilo dos autores.

UTILIZAÇÃO DE IMAGENS EM ARTIGOS

As imagens utilizadas nos artigos deverão ser inseridas no corpo do texto e também submetidas individualmente como “Documentos Suplementares” no processo de submissão.

O formato para submissão como documento suplementar deverá ser “.jpeg” e a imagem deverá ter alta resolução. Além da imagem, o autor deverá

enviar por meio dos “Documentos Suplementares” a autorização de uso daquela.

No caso de imagens sem a resolução exigida, o autor será notificado para fornecer nova imagem em 02 dias úteis. Se a nova imagem não for fornecida e a ausência desta prejudicar o conteúdo do texto, o artigo será rejeitado pelo Conselho Editorial e/ou pela Equipe Editorial.

Caso a autorização de uso não seja enviada por meio dos documentos suplementares, o autor será notificado para fornecer a autorização em 02 dias úteis. Se a autorização não for fornecida e a ausência da imagem prejudicar o conteúdo do texto, o artigo será rejeitado pelo Conselho Editorial e/ou pela Equipe Editorial.

EXIGÊNCIAS PARA OS ARTIGOS

Autor:

O autor deverá possuir a titulação de Doutor.

Coautoria:

O artigo poderá ter no máximo três coautores, sendo que um deles deverá possuir a titulação de Doutor. Os demais coautores devem ter a titulação mínima de bacharel.

Título:

O título deverá conter no máximo 8 palavras e ser apresentado em português/inglês. Para artigos em espanhol, o título deverá ser apresentado em espanhol/inglês. Não serão aceitas “traduções automáticas” da web. Caso seja constatada a inexatidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição.

Formatação de títulos e subtítulos:

**TÍTULO DO ARTIGO
(CENTRALIZADO, CAIXA ALTA, NEGRITO)**

***TÍTULO EM INGLÊS (CENTRALIZADO, CAIXA ALTA, ITÁLICO,
NEGRITO)***

1 SEÇÃO PRIMÁRIA (ALINHADA À ESQUERDA, CAIXA ALTA, NEGRITO)

1.1 Seção secundária (Alinhada à esquerda, caixa baixa, negrito)

1.1.1 Seção terciária (Alinhada à esquerda, caixa baixa, itálico)

1.1.1.1 Seção quaternária (Alinhada à esquerda, caixa baixa, itálico, negrito)

1.1.1.1.1 Seção quinária (alinhada à esquerda, caixa baixa, sem negrito, sem itálico)

Resumo:

Os artigos devem vir acompanhados de um resumo bilíngue (português/inglês ou espanhol/inglês), de mesmo teor, apresentando com clareza e concisão:

- o tema do trabalho
- os objetivos
- a metodologia utilizada
- as conclusões.

Exige-se que o resumo tenha necessariamente entre 150 e 200 palavras.

Não serão aceitas “traduções automáticas” da web. Caso seja constatada a inexatidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição.

Palavras-chave:

Em número mínimo de 03 e máximo de 05 palavras e separadas por ponto e vírgula, indicam o conteúdo do artigo e devem ser escolhidas, preferencialmente, em catálogo de vocabulário controlado, se houver tesouro na área do tema.

As palavras-chave devem ser apresentadas em português/inglês. Para os textos em espanhol, as palavras-chave devem ser apresentadas em espanhol/inglês. Não serão aceitas “traduções automáticas” da web. Caso seja constatada a inexatidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição.

Estrutura dos artigos:

Os artigos devem respeitar a seguinte sequência:

- Título
- Título traduzido para inglês
- Resumo
- Palavras-chave
- Abstract
- Keywords
- Introdução
- Texto com subtítulos e notas de rodapé
- Conclusão
- Referências

Observações:

- Não utilizar tradução automática da Web para título, resumo e palavras-chave. Caso seja constatada a inexatidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição.
- Não numerar a introdução, a conclusão e as referências. Os demais títulos devem utilizar numeração sequencial em algarismos indo-arábicos.
- As notas de rodapé servem apenas para notas explicativas sucintas e não se destinam à apresentação de referências. As notas de rodapé devem utilizar numeração sequencial em algarismos indo-arábicos.
- Todas as referências no corpo do texto devem adotar o sistema autor-data da ABNT. Ex.: (FIORILLO, 2013, p. 25).

Referências:

As referências devem ser dispostas em ordem alfabética pelo SOBRENOME do primeiro autor, no final do artigo e seguir as normas da ABNT, como nos exemplos:

• *Livro:*

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do Processo Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2013.

• *Capítulo de livro:*

SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade civil ambiental. In: PHILLIPPI JR, Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé. *Curso Interdisciplinar de direito Ambiental*. São Paulo: Manole, 2005. p. 425-464.

• *Artigo de periódico:*

DIAS, Luis Filipe da Silva. Estudo da evolução do Direito das Pescas no Direito do Mar. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, v. 41, n. 2, p. 715-782, 2000.

• *Documento eletrônico:*

WIENER, Jonathan. *Convergence, Divergence, and Complexity*. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1992&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 15 abr. 2014.

Observações:

• Não usar traços (_____) para SOBRENOMES repetidos. Repetir o sobrenome. Ex.:

HEIDEGGER, Martin. *Ensaios e Conferências (A questão da técnica)*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão et al. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 11-38.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Trad. Jorge Eduardo R. Cruchaga. Santiago de Chile, 2005.

• A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido mencionados no texto são da responsabilidade dos autores.

• As obras utilizadas para a elaboração do trabalho devem ser nacionais e estrangeiras, representativas na temática escolhida e atualizadas. A ausência de obras estrangeiras, a desatualização e a não-representatividade das obras utilizadas poderão ensejar a rejeição do artigo por decisão dos avaliadores e/ou da Equipe Editorial.

DIREITO DE RECURSO DAS DECISÕES EDITORIAIS

Aos autores fica assegurado o direito de recurso de todas as decisões editoriais.

O recurso deverá ser enviado para o email da Revista (veredas@domhelder.edu.br) com a identificação completa do artigo (número da submissão e título completo) e dos autores, fundamentação recursal e demais documentos pertinentes.

A decisão do recurso será encaminhada ao recorrente em até 7 (sete) dias úteis.