
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:

Leticia Campolina Marques Ferreira

Editoração, arte-final:

Rômulo Garcias

Capa:

Rômulo Garcias / foto Lâercio José Pereira

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.13, n. 27, Set./Dez. 2016. (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 (SERDE-AUT) – 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

Alcindo Fernandes Gonçalves – Universidade Católica de Santos (UNISANTOS) – Santos-SP, Brasil. Alessandra Galli Aprá – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) – Curitiba-PR, Brasil. Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese – Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese - Centro de Ensino Unificado de Brasília (UNICEUB) - Brasília-DF, Brasil. Ana Carla Pinheiro Freitas – Universidade de Fortaleza (UNIFOR) – Fortaleza-CE, Brasil. Angela Cassia Costaldello – Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba-PR, Brasil. Benjamin Miranda Tabak – Universidade Católica de Brasília (UCB) – Brasília-DF, Brasil. Carlos Eduardo Silva e Souza – Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) – Cuiabá-MT, Brasil. Cleide Calgaro – Universidade de Caxias do Sul (UCS) – Caxias do Sul-RS, Brasil. Danielle de Ouro Mamed – Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) – Curitiba-PR, Brasil. Diogo de Almeida Viana Santos – University of California Davis (UCDAVIS) – California, Estados Unidos. Fernanda Andrade Almeida – Universidade Federal Fluminense (UFF) – Niterói-RJ, Brasil. Flávio José Nery Conde Malta – Universidade de Taubaté (UNITAU) – Taubaté-SP, Brasil. Françoise Dominique Valéry – Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) – Natal-RN, Brasil. Guilhardes de Jesus Júnior – Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) – Ilhéus-BA, Brasil. Haide Maria Hupffer – Universidade Feevale (FEEVALE) – Novo Hamburgo-RS, Brasil. Henry Atique – Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP) – São Jose do Rio Preto-SP, Brasil. Jacyara Farias Souza Marques – Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) – Sousa-PB, Brasil. Jaqueline Mielke Silva – Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo-RS, Brasil. José Augusto Fontoura Costa – Universidade de São Paulo (USP) – São Paulo-SP, Brasil. José Osório do Nascimento Neto – Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL) – Curitiba-PR, Brasil. Leonardo da Rocha de Souza – Universidade de Caxias do Sul (UCS) – Caxias do Sul-RS, Brasil. Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro – Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) – Belém-PA, Brasil. Marcia Andrea Bühring – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) – Porto Alegre-RS, Brasil. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Universidade de Fortaleza (UNIFOR) - Fortaleza-CE, Brasil. Mariana Moron Saes Braga – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) – Marília-SP, Brasil. Marlene Helena de Oliveira França – Universidade Federal da Paraíba (UFPB) – João Pessoa-PB, Brasil. Patrícia Gonzaga Cesar – Fundação Getúlio Vargas (FGV) – São Paulo-SP, Brasil. Pedro Chaves Baia Júnior – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará (IFPA) – Breves-PA, Brasil. Tercio de Sousa Mota – Centro de Ensino Superior e Desenvolvimento (CESED) – Campina Grande-PB, Brasil. Valmir Cesar Pozzetti – Universidade do Estado do Amazonas (UEA) – Manaus-AM, Brasil. Vilma de Fátima Machado – Universidade Federal de Goiás (UFG) – Goiânia-GO, 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**
- 11 **OIL EXPLOITATION AT VIRUNGA PARK AS A THREAT TO THE ENVIRONMENT AND TO ENDANGERED ANIMAL SPECIES**
EXPLORAÇÃO PETROLÍFERA DO PARQUE DE VIRUNGA COMO AMEAÇA AO MEIO AMBIENTE E ÀS ESPÉCIES ANIMAIS EM EXTINÇÃO
Kiwonghi Bizawu
Magno Federici Gomes
- 31 **LA PROTECTION JURIDIQUE INTERNATIONALE DE LA BIODIVERSITE MARINE**
THE INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF THE MARINE BIODIVERSITY
André de Paiva Toledo
- 63 **THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN THE BRAZILIAN ENVIRONMENTAL LAW**
O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO
Paulo de Bessa Antunes
- 89 **DISPLACED BY DEVELOPMENT: ANALYSIS ON THE IMPLICATIONS OF THE PRINCIPLE OF PERMANENT SOVEREIGNTY OVER NATURAL RESOURCES**
DESLOCADOS DO DESENVOLVIMENTO: ANÁLISE SOBRE AS IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS
Cristiane Derani
Ligia Ribeiro Vieira
- 109 **ENVIRONMENTAL RECLAMATION AS STRATEGY FOR SUSTAINABILITY**
RECUPERAÇÃO AMBIENTAL COMO ESTRATÉGIA PARA SUSTENTABILIDADE
Adriano Bressane
Admilson Írio Ribeiro
Gerson Araújo de Medeiros

Sumário

- 135 **ANÁLISE DA DECISÃO CAUTELAR SOBRE A UTILIZAÇÃO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (ADI Nº 3.540/2005) À LUZ DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE MACCORMICK**
ANALYSIS OF PRECAUTIONARY DECISION ABOUT THE USE OF PERMANENT PRESERVATION AREAS (ADI Nº. 3.540/2005) IN LIGHT OF MACCORMICK'S ARGUMENTATIVE THEORY
Ana Maria D'Ávila Lopes
Diego Monte Teixeira
- 157 **A OBRIGATORIEDADE DO ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA E A OMISSÃO LEGISLATIVA MUNICIPAL**
THE OBLIGATION OF THE NEIGHBORHOOD IMPACT STUDY AND THE MUNICIPAL LEGISLATIVE OMISSION
Wallace Paiva Martins Junior
Maria Isabel Leite Silva de Lima
- 179 **O TRATAMENTO JURÍDICO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**
LEGAL TREATMENT OF FRESH WATER RESOURCES IN BRAZIL AND UNITED STATE OF AMERICA
Giovanna Paola Primor Ribas
- 209 **A ÁRDUA TAREFA DA REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL DOS AGRICULTORES FAMILIARES NA AMAZÔNIA LEGAL**
THE ARDUOUS TASK OF ENVIRONMENTAL REGULATION OF FAMILY FARMERS IN LEGAL AMAZON
Syglea Rejane Magalhães Lopes
- 243 **COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS E PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE: O JUIZ HÉRCULES CONFUSO DIANTE DE UMA NATUREZA AMEAÇADA**
COMMUNITY OF PRINCIPLES AND IMPERATIVE OF RESPONSABILITY: JUDGE HERCULES CONFUSED BEFORE A THREATENED NATURE
Igor Suzano Machado
- 267 **DESEQUILÍBRIOS DE PODER ENTRE OS MEDIANDOS E A NECESSÁRIA TUTELA DO ESTADO: ANÁLISE DA MEDIAÇÃO AMBIENTAL À LUZ DO CPC/2015**
DISPROPORTION OF FORCES BETWEEN THE PARTIES AND THE NECESSARY STATE PROTECTION: AN ANALYSIS OF ENVIRONMENTAL MEDIATION IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN PROCESSUAL CODE OF 2015
Ana Meire Vasconcelos Barros
Bleine Queiroz Caúla
Valter Moura do Carmo

Sumário

- 291 **EDUCAÇÃO AMBIENTAL PARA A CIDADANIA, INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DO DIREITO A UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO NO BRASIL E EM PORTUGAL**
ENVIRONMENTAL EDUCATION FOR CITIZENSHIP, AN INSTRUMENT FOR THE REALIZATION OF THE RIGHT TO A BALANCED ENVIRONMENT IN BRAZIL AND IN PORTUGAL
Maria Anaber Melo e Silva
Marcia Rodrigues Bertoldi
- 315 **UM LIMITE TEMPORAL PARA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: AS ANÁLISES ECONÔMICA E COMPORTAMENTAL DO DIREITO E A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE**
A TIME LIMIT FOR THE URBAN LAND REGULARIZATION IN PERMANENT PRESERVATION AREAS: THE ECONOMIC AND BEHAVIORAL ANALYZES OF LAW AND THE ENVIROMENTAL PROTECTION
Benjamin Miranda Tabak
Paulo Sérgio Ferreira Filho
- 341 **A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 90 E POSSÍVEIS DESDOBRAMENTOS SOBRE O DIREITO SOCIAL AO TRANSPORTE EM AMBIENTES ARTIFICIAIS BRASILEIROS**
THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT Nº 90 AND POSSIBLE DEVELOPMENTS ABOUT THE SOCIAL RIGHT TO TRANSPORT IN BRAZILIAN ARTIFICIAL ENVIRONMENTS
Luigi Bonizzato
Alice Ribas Dias Bonizzato
- 370 **NORMAS DE SUBMISSÃO**

APRESENTAÇÃO

A Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, detentora do 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, tem o prazer de apresentar mais um número.

Fruto de pesquisa de renomados estudiosos de todo o mundo, os textos apresentados têm identidade com a área de concentração do Mestrado Acadêmico da Escola Superior Dom Helder Câmara, qual seja: o Direito Ambiental e o Desenvolvimento Sustentável.

Neste exemplar, o prezado leitor poderá apreciar o artigo do Professor do Congo Kiwonghi Bizawu que, em conjunto como professor brasileiro Magno Federici Gomes (Pós-Doutor pela Universidade de Deusto/Espanha), escreveu em língua inglesa sobre a Exploração Petrolífera do Parque de Virunga como ameaça ao meio ambiente e às espécies animais em extinção, narrando um sério problema socioambiental da República Democrática do Congo, importante país africano.

Doutor pela Universidade de *Sorbonne*, Paris/França, o professor André de Paiva Toledo explicou em língua francesa a importante questão da proteção jurídica da biodiversidade marinha. Estudioso do Direito do Mar o Autor, com grande conhecimento de causa, narra que o Direito Internacional deve estar atento às questões ambientais, mormente as marítimas, sob pena de o direito interno das nações não ser suficiente para uma percuente proteção da vida marinha.

Paulo de Bessa Antunes, professor na Universidade Federal do Rio de Janeiro/RJ, com o artigo intitulado “*The Precautionary Principle in the Brazilian Environmental Law*”, explica didaticamente um dos princípios mais importantes do Direito Ambiental, ressaltando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais a seu respeito que acarretam, por vezes, interpretações equivocadas e, por consequência, decisões judiciais que merecem revisão.

Cristiane Derani, Pós-Doutora pela *Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales*, Paris, e Ligia Ribeiro Vieira, professoras em Santa Catarina, com o artigo “*Displaced by Development: Analysis on the Implications of the Principle of Permanent Sovereignty Over Natural Resources*”, explicam que os deslocamentos forçados de pessoas em várias

partes do mundo contêm, dentre outros aspectos, uma importante questão ambiental na medida em que a causa de tal problema social é por vezes um suposto investimento econômico em busca do desenvolvimento local.

“*Environmental Reclamation as Strategy for Sustainability*” é o título do artigo de Adriano Bressane, Admilson Írio Ribeiro e Gerson Araújo de Medeiros, todos engenheiros com sérios estudos na área ambiental e professores em São Paulo/SP. No artigo, ressaltam a importância da Recuperação Ambiental como instrumento de sustentabilidade, através de uma análise de dados normativos que devem induzir as políticas públicas nessa seara.

Ana Maria D’Ávila Lopes, Professora na Universidade de Fortaleza, e Diego Monte Teixeira, como o artigo intitulado “Análise da decisão cautelar sobre a utilização de áreas de Preservação Permanente (ADI nº 3.540/2005) à luz da Teoria Argumentativa de MacCormick”, realizaram uma pesquisa sobre o tema julgado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, propiciando ao leitor um enorme conhecimento científico sobre o Código Florestal e a teoria de MacCormick.

O diálogo entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico para a construção das cidades sustentáveis é o mote do artigo de Wallace Paiva Martins Junior e Maria Isabel Leite Silva, ambos vinculados à Universidade de Santos/SP.

Giovanna Paola Primor Ribas, professora no Paraná, aborda o tratamento jurídico dos Recursos Hídricos no Brasil e nos Estados Unidos, através de um inteligente texto de Direito Comparado, apontado as divergências jurídicas e políticas entre os dois países.

“A árdua tarefa da regularização ambiental dos agricultores familiares na Amazônia Legal” é o título do trabalho de Syglea Rejane Magalhães Lopes, Doutora pela Universidade do Pará, estado onde também leciona, possuindo, pois, um conhecimento fático aliado ao teórico, que alicerça o estudo de uma questão socioambiental de grande relevo na região amazônica.

Igor Suzano Machado, professor no Estado do Espírito Santo, descreve, a partir da teoria de Ronald Dworkin, a comunidade de princípios diante de uma natureza ameaçada, propiciando ao leitor um conhecimento de textos do famoso pensador Dworkin à luz da questão da preservação ambiental.

Do Estado do Ceará, Ana Meire Vasconcelos Barros e Bleine Queiroz Caúla, e o Doutor pela Universidade de Santa Catarina, Valter

Moura do Carmo, com o artigo intitulado “Desequilíbrios de poder entre mediandos e a necessária tutela do Estado: análise da mediação ambiental à luz do CPC/2015”, demonstram que os denominados meios extrajudiciais de resolução de conflitos, em especial a mediação, podem ser um excelente instrumento de pacificação social diante da deterioração ambiental causada em determinado local, bem como podem, eventualmente, diante de particularidade subjetivas das partes envolvidas, apresentar desequilíbrios negativos.

Maria Anaber Melo e Silva e Marcia Rodrigues Bertoldi, a primeira professora em Sergipe e a segunda Pós-Doutora pela Unisinos e professora no Rio Grande do Sul, com o artigo “Educação ambiental para a cidadania, instrumento de realização do direito a um meio ambiente equilibrado no Brasil e em Portugal” suscitam a importância da Educação Ambiental como principal instrumento de cidadania e de persecução do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Do Distrito Federal, Benjamin Miranda Tabak e Paulo Sérgio Ferreira Filho apresentam um estudo sobre o prazo que deve ser concedido para a regularização fundiária urbana em áreas de preservação permanente. Ressaltam no texto a importância do aspecto temporal para a aferição de responsabilidade do degradador.

A Emenda Constitucional nº 90 e suas consequências ambientais é o tema do artigo de Luigi Bonizzato e Alice Ribas Dias Bonizzato, ambos do Rio de Janeiro/RJ. Os autores demonstram que a inserção dos transportes no rol dos direitos sociais gera várias consequências, dentre as quais a alteração do meio ambiente artificial, merecendo, pois, reflexão transdisciplinar.

Assim, como grande alegria, apresentamos mais um número da Revista Veredas do Direito, na esperança de divulgar o melhor do conhecimento científico para que possamos viver eternamente 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

OIL EXPLOITATION AT VIRUNGA PARK AS A THREAT TO THE ENVIRONMENT AND TO ENDANGERED ANIMAL SPECIES

Kiwonghi Bizawu

Doctor and Master of International Law at Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).
Professor at the Master's Program in Environmental Law and Sustainable
Development at Escola Superior Dom Helder Câmara.
Pro-Dean for the Law Post-Graduation Program.
Email: sebak_07@hotmail.com

Magno Federici Gomes

Post-doctor of Public Law and Education at the New University of Lisbon, Portugal.
Post-doctor of Civil Law and Civil Procedure, Doctor of Law and Master
of Procedural Law and at Universidad de Deusto, Spain.
Professor at the Master's Program in Environmental Law
and Sustainable Development at Escola Superior Dom Helder Câmara.
Email: magnofederici1@yahoo.com.br

ABSTRACT

This article aims at addressing the impasse created by the government of the Democratic Republic of Congo (DRC)¹ when it granted to Soco, an English multinational company, the permit to exploit oil and start drilling inside the Virunga National Park in the province of North Kivu, Ituri area, which is protected by UNESCO as a Heritage of Humanity and recognized worldwide as the sanctuary of the mountain gorillas, okapis and several other endangered animals or animal species. The article is inspired in the international mobilization promoted by Non-Governmental Organizations (NGOs) such as the Human Rights Watch (HRW), Global Witness, World Wide Fund For Nature (WWF) and by other national and international human and animal rights movements, as well as by Ituri's civil society. What is the future of Virunga Park in face of the economic development from oil exploitation to benefit poor riparian populations praised by the Central Government and the sustainable development based on the preservation and conservation of the Park recommended by the non-governmental organizations and the movements listed above? Considering the arguments of the Government in favor of economic development to fight the poverty and misery of the riparian populations, in one hand, and the UN's

¹ The Democratic Republic of Congo (DRC), former Zaire and also known as Congo-Kinshasa due to its capital city, Kinshasa, to differentiate it from the Republic of Congo, whose capital city is Brazzaville, is a country in central Africa, the second largest country in Africa for its extension after Independence from South Sudan in 2011. It borders the Central African Republic to the north, Sudan to the south, Uganda, Rwanda, Burundi and Tanzania to the east, Zambia and Angola to the south, the Atlantic Ocean, the enclave of Cabinda and Congo-Brazzaville to the west. RDC's population is about 70 million inhabitants. Regarding biodiversity, RDC is seen as the second in the world after Brazil. Refer to https://pt.wikipedia.org/wiki/Rep%C3%BAblica_Democr%C3%A1tica_do_Congo Accessed on jun. 22, 2015.

opposite positioning through UNESCO, NGOs and the civil society, on the other hand, the dialectic method is going to be used by means of a descriptive research founded on a bibliographic survey.

Keywords: Right of animals. Environment; Virunga Park; Heritage of Humanity; UNESCO.

EXPLORAÇÃO PETROLÍFERA DO PARQUE DE VIRUNGA COMO AMEAÇA AO MEIO AMBIENTE E ÀS ESPÉCIES ANIMAIS EM EXTINÇÃO

RESUMO

O presente artigo pretende abordar o impasse criado pelo Governo da República Democrática do Congo (RDC)² ao conceder à multinacional Soco, uma empresa inglesa, a licença para explorar petróleo e iniciar as perfurações no Parque Nacional de Virunga, na província do Kivu-Norte, região de Ituri, considerado Patrimônio da Humanidade e tombado pela UNESCO, reconhecido mundialmente como santuário dos gorilas da montanha, dos okapis (ocapis) e de vários outros animais ou espécies de animais em extinção. O artigo se inspira da mobilização internacional promovida por Organizações Não Governamentais (ONGs) tais como *Human Rights Watch* (HRW), *Global Witness*, *World Wide Fund For Nature* (WWF) e por outros movimentos de direitos humanos e de direitos dos animais tanto nacionais quanto internacionais, bem como pela sociedade civil de Ituri. Qual é o futuro do Parque de Virunga em face do desenvolvimento econômico oriundo da exploração petrolífera com o intuito de beneficiar as populações ribeirinhas pobres preconizada pelo Governo Central e do desenvolvimento sustentável assentado na preservação e conservação do Parque recomendado pelas organizações não governamentais e pelos movimentos supramencionados? Considerando a argumentação do Governo em favor do desenvolvimento econômico para combater a pobreza e a miséria das populações ribeirinhas, de um lado, e o posicionamento oposto da ONU através da UNESCO, ONGs e sociedade civil, de outro, utilizar-se-á o método dialético mediante pesquisa descritiva assentada no levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: Direito dos animais; Meio Ambiente; Parque de Virunga; Patrimônio da Humanidade; UNESCO.

² The Democratic Republic of Congo (DRC), former Zaire and also known as Congo-Kinshasa due to its capital city, Kinshasa, to differentiate it from the Republic of Congo, whose capital city is Brazzaville, is a country in central Africa, the second largest country in Africa for its extension after Independence from South Sudan in 2011. It borders the Central African Republic and South Sudan to the north, Uganda, Rwanda, Burundi and Tanzania to the east, Zambia and Angola to the south, the Atlantic Ocean, the enclave of Cabinda and Congo-Brazzaville to the west. RDC's population is about 70 million inhabitants. Regarding biodiversity, RDC is seen as the second in the world after Brazil. Refer to WIKIPEDIA, 2015.

INTRODUCTION

In a time when the environment claims for conservation and protection through international conventions, acts and treaties, from Stockholm (1972), passing by Tbilisi (1977), Copenhagen (1995), Rio 92 and Rio + 20, to the COP 21 (UN Climate Change Conference) in Paris, one cannot deny the relevance of this article that aims at analyzing the economic and social interests involved in the exploitation of oil at the Virunga National Park in the Democratic Republic of Congo (DRC), classified and protected by UNESCO as Heritage of the Humanity.

There is a real war of communications between, on one side, the Central Government that granted the permits to the English company Soco for it to start the feasibility studies to ease the exploitation of oil in the name of the economic development of the area and, especially, of the poor populations and, on the other side, UNESCO, ONGs and environmentalist movements that mobilized the international community, the North American authorities and the British Parliament to put pressure on the multinational company, Soco, so that it abandoned the project.

Along the last decades, oil has become essential in the western industrialization process. The need for economic development and productivity to generate excessive profit to the detriment of environmental protection and conservation is praised. Due to the technological advances, the obsession of the human being in destroying nature in the name of scientific progress emerged and, at the same time, the emphasis of the anthropocentric paradigm that, in the relationships between the subject and the object, makes nature a simple disposable, exploitable and exhaustible object. Such conception launched an uncontrolled race to consumption resulting from the wild capitalism and to irrational deforestation, causing irreversible damages to the environment.

The highest technological progress generated individuals with a more demanding and wasteful consumption standard. That factor plus the increase of the population on the planet aggravated the level of environmental degradation and decreased the quality of life of populations. (SEIFFERT, 2014, p. 51)

Thus, it is possible to understand the great concern of the UN through UNESCO, Non-Governmental Organizations (*Human Rights*

Watch, Global Witness) and the civil society about the environment when they are against the exploitation of oil in the Virunga Park, understanding beforehand that such exploratory activities are unlikely going to benefit poor populations in Ituri, and they are going to damage and pollute the environment, being able to take protected species to extinction and to significantly change the ecosystems.

That problem has generated conflicts of interests among the parties, taking the international community, by means of the UN, to manifest against the exploitation of oil, infuriating the Government in the name of the state sovereignty before external injunctions. Is it possible to exploit oil in the Virunga Park, Heritage of Humanity to insure economic development in the area and, as a consequence, fight the extreme poverty of the populations, or natural resources should be preserved and conserved, including the oil in the Park, respecting the protection set by UNESCO over the ecologic reserve to the detriment of the miserable people? Would it be possible to conciliate the economic development encompassed by oil exploitation to the sustainable development of the oldest African reserve, with its immeasurable natural resources and its beautiful fauna and flora?

What kind of development would be suitable for riparian populations in the Virunga Park without destroying it, its biodiversity and its ecosystems? Before technological progresses and the need to exploit oil in the name of the sovereignty of the State that can dispose of its natural resources, how to overcome anthropocentric and biocentric paradigms (the human being as a part or link in the chain of life) to set forth a new model embraced by a collective project for the environment having planetary solidarity and responsibility as pillars, that is, search the epistemological field to find the know how to look after the environment and the ecology with a compassionate eye on the Earth, the *Pachamama*, or the mother who nourishes, and, from an ethical standpoint, to develop an intergenerational responsibility ethics for planetary commitment and solidarity once, as it is possible to read by analogy pursuant to article 225 of the Federal Constitution, “all people have the right to an ecologically balanced environment, an asset jointly used by the people and essential for a healthy quality of life, the obligation to defend and preserve it for the present and future generations being imposed to the Public Power and to the collectivity.” (BRAZIL, 1988).

In agreement with article 225 of the 1988 Brazilian Federal Constitution, the Congolese State insures the protection of the environment

and the health of each individual when it sets in article 53 of the Constitution of the Democratic Republic of Congo that “All people have the right to a healthy environment that provides for their whole development. They have the right to defend it. The State guarantees the protection of the environment and the health of the populations.”³ (CONGO, 2006)

One can also notice that, in article 54 of DRC’s Constitution, the conditions for the construction of plants, for storage, for packaging, for handling, for incineration and disposal of toxic, polluting or radioactive waste from industrial or non-industrial units installed in the national territory are going to be set forth by the law. That is the objective responsibility of the companies regarding environmental damages.⁴

In that event, article 54 states that “Any pollution or destruction resulting from an economic activity generates compensation and/or repair. The law defines the nature of the compensatory and repair measures as well as their execution modalities. (CONGO, 2006).

Thus, the Congolese government is invited to responsible environmental management by taking the oil exploitation permit from the British multinational Soco, by promoting the sustainable development of the riparian populations in the Virunga Park, Natural Heritage of Humanity, by means of sustainable development through tourism and other promotion activities in favor of life once “the guarantee of an ecologically balanced environment for all directly collides against the Principle of the Economic Activity that is made clear in the standards advocated by the world market economy with no concerns about environmental preservation for the present and future generations.” (BOAVENTURA, 2014, p. 122)

Considering the reality that is disclosed through the facts linked to the Congolese government actions when exercising its sovereignty to grant the prospection permit to Soco in the name of economic development and, on the other hand, the action and pressure put by the UN – UNESCO, the Non-Governmental Organizations and the civil society on the Congolese authorities, this paper uses empiric and interpretative research in its descriptive dimension and, regarding the divergences related to the kind of

3 Art. 53 – “Toute personne a droit a um environnement sain et propice a son épanouissement integral. Elle a le devoir de le défendre. L’État veille à la protection de l’environnement et à la santé des populations.” (CONGO, 2006). Note: modified text.

4 Art. 54 – “Les conditions de construction d’usines, de stockage, de manipulation, d’incinération et d’évacuation des déchets toxiques, polluants ou radioactifs provenant des unités industrielles ou artisanales installées sur le territoire national sont fixées par la loi.

Toute pollution ou destruction résultant d’une activité économique donne lieu à compensation et/ou à réparation. La loi détermine la nature des mesures compensatoires, réparatoires ainsi que les modalités de leur exécution.” (CONGO, 2006).

development between the pros and cons of oil exploitation in the Virunga Park, the dialectic method is used so that the light of sapience shines over the clashes and debates to protect and conserve the environment and the social wellness of the populations affected by the predatory activities performed by the multinational companies on the African territory with its countless natural resources.

1 GETTING TO KNOW THE VIRUNGA PARK

Humanity is living in a time of radical changes or transformations both from the technological and the climate standpoints. Human actions are pointed at as factors of destruction of Planet Earth, of nature and its ecosystems, causing violent climate changes, pollution of land, water and air spaces, as well as the greenhouse effect and the water and energy crises.

The global concern over the environment has taken the UN, through UNESCO, the Non-Governmental Organizations, Human Rights Watch – HRW, Global Witness and the civil society in North Kivu, especially in Ituri, to warn the international community on the exploitation of oil in the Virunga Park, declared by UNESCO as a Natural Heritage of Humanity and the sanctuary of the mountain gorillas and of several other endangered species, by the British multinational company Soco as a consequence of a permit granted by the Congolese authorities in order to promote economic development in the area and to improve the conditions of life for riparian populations.

Virunga Park is located in the North Kivu region, province of Ituri, in the Democratic Republic of Congo (former Zaire or former Belgian Congo). “It occupies from the Virunga Mountains to Ruwenzori Mounts in the Democratic Republic of Congo, limiting the Volcanoes National Park in Rwanda, and the National Park of Ruwenzori Mount in Uganda.” (VIRUNGA, 2015a). It is the oldest and the most protected park in Africa with its astonishingly beautiful landscape and the richness of its fauna that shelters not only the mountain gorillas but also other endangered species.

According to comments on the Girafamania site, “The Virunga Park, established in 1929 in accordance with some specialists, is an “integral reserve”, “an evolution of the vegetal and animal world with no human intervention.”⁵

⁵ Read comment available at: < http://www.girafamania.com.br/africano/park_congo_virunga.html>. Accessed on: Jun. 20, 2015.

It has an extension of 300 kilometers and it is 15-km wide (790,000 hectares)... It is located inside the Semliki Forest, to the north of Kivu Lake and to the south of Edward Lake. The Ituri Forest is further to the north and it is where the famous okapi was discovered – a particular species originated from the eastern part of the former Zaire’s forests. Edward is the lake that has the highest number of fishes in the country, with hundreds of water birds coming from the cold Siberia and over 20 thousand hippopotamus.” (VIRUNGA, 2015b)

Learning a little more about the Wonders of Creation in the DRC, which is a real geological scandal due to the exuberance of its fabulous richness that attracts the greed of neighboring countries and of several multinational companies, and the disgrace of its poor population submitted to endless armed conflicts, Virunga Park “is one of the most beautiful natural reserves in the world. For now, the oil drilling plans have been cancelled. However, the future of the park is still not safe” (MAIS ÁFRICA, 2015).

In what regards the cancellation of drillings, after undergoing a lot of pressure from UNESCO and the NGOs, the international oil public limited company Soco expressed its intention to stop the activities in the Virunga National Park, which is the oldest park in Africa, and also agreed to “stay away from all the other UNESCO’s World Heritages”⁶

Effectively, the company announced its intention to stop exploiting and drilling oil in the park on June 11, 2015 unless the Congolese government and UNESCO decide there is compatibility between the Heritage of Humanity statute and oil exploitation. In such an event, is it possible to exploit oil in a natural reserve recognized as a Heritage of Humanity?

Soco’s resignation is obviously a victory for the environmental organization World Wide Fund For Nature (WWF)⁷, which had accused Soco before the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and required the end of oil exploitation. WWF’s main office is in Switzerland and WWF’s mission

6 Available at: <http://www.wwf.org.br/?40042/Companhia-petrolifera-Soco-nao-vai-explorar-petroleo-no-Parque-Nacional-Virunga-Patrimonio-da-Humanidade> Accessed on: jun. 19, 2015.

7 WWF - World Wide Fund For Nature was created in 1961. The acronym meant World Wildlife Fund. However, to avoid confusion, the organization prefers to use WWF to characterize its mission to organize for global conservation, except in North America, where it is still known as World Wild Fund (WWF). WWF-Brazil was founded in 1996 as a national organization and integrating the WWF Network. For more information, refer to WWF, 2015.

[...] is to stop the degradation of the planet's natural environment and to build a future in which humans live in harmony with nature, by: conserving the world's biological diversity; ensuring that the use of renewable natural resources is sustainable; promoting the reduction of pollution and wasteful consumption. (WWF, 2015)

However, it was well known that oil exploitation would take place at Lake Edward in the Virunga Park at the border with Uganda, a real ecological reserve recognized in 1925 by the Belgians who colonized the Congolese territory. It is acknowledged as a unique area: "with active volcanoes, tropical forests, savannahs and mountains covered by snow. In 1979, UNESCO appointed the park as a Heritage of Humanity" (MAIS ÁFRICA, 2015).

That is where the difficulty for the Congolese government comes, to explore something that is forbidden by the UN, through its international office, clearly going against the sovereignty of the State to dispose of its natural assets to meet the needs of its people, its populations and to guarantee its human rights, especially the second generation ones, that is, the economic, social and cultural ones. Would the economic development generate enough job positions to meet the demand of the population? Is it possible to conciliate economic development and sustainable development in the case of oil exploitation, preserving and conserving the environment?

3 ECONOMIC DEVELOPMENT X SUSTAINABLE DEVELOPMENT

The very disputed game over the economic interests in the Kivu area, in general, and in North Kivu, Ituri, in particular, justifies the formulation of the problem in this paper, which is to "expressly, clearly, understandably and operationally say" if it is possible to promote economic development in the area of Ituri through the exploitation of oil by the State in the exercise of its sovereignty before the poverty and misery of the populations living in the park and the surrounding areas, granting a permit to foreign polluting and destroying multinational companies and, at the same time, to maintain a sustainable development policy, preserving and conserving the national resources in the park, its biodiversity, its ecosystems, considering the future generations? Is it possible to promote sustainability with the exploitation of the park declared Heritage of Humanity in order to

fight the poverty and misery of the riparian populations? Can the natural resource economic exploratory model be maintained with no threats and damages to the environment, specifically in the Virunga National Park?

In this case, Belgian settlers have been calling the attention for the importance of the Virunga ecological reserve and the need to preserve it since 1925. The fact is that, in the 20th century, a mad rush to industrialization took place with the help of technological advances and great innovations and, at the same time, from an epistemological point of view, the little information available about the environmental issue and the deliberate ignorance over the use of natural resources as if they were endless. There was no concern about the environment, the pollution of the space and the oceans, greenhouse effects, the use of chemical products, climate changes, water and power crises, as well as the extinction of some animal species.

Oil exploitation in Virunga Park reactivates the discussion over the “consequences of economy on the environment”, as SEIFFERT (2014) emphasizes when she considers the points of view defended during the United Nations Conference on the Human Environment in Stockholm, Sweden, in 1972.⁸

In what regards the paradox between economic development and sustainable development, Mari Elizabete Bernardini Seiffert (2014), quoting Moura, observes:

The developed countries, in that conference, defended an international program aimed at the conservation of the natural and genetic resources of the planet, saying that preventive measures would have to be implemented immediately, which would avoid a terrible disaster in the future. The countries under development argued that they were struck by misery, seriously housing problems, basic sanitation, infectious diseases and that they needed to develop their economies. (MOURA *apud* SEIFFERT, 2014, p. 12)

In fact, the preamble of the Declaration of Stockholm on the Human Environment (1972) highlights “the need for a common outlook and for common principles to inspire and guide the peoples of the world in the preservation and enhancement of the human environment.” The progress of Science and Technology with the power to transform the environment is

⁸ As Mari Elizabete Bernardini Seiffert emphasizes, “This conference counted on representatives from 113 countries, 250 non-governmental organizations and several UN agencies.”

recognized as being “essential to well-being and to the enjoyment of basic human rights and the right to life itself.” (STOCKHOLM, 1972)⁹

It is important to say that, in the present declaration, the anthropocentrism is denied for biocentrism to be more stressed, giving the human being the role of creature and creator of the environment “which gives him physical sustenance and affords him the opportunity for intellectual, moral, social and spiritual growth.” (STOCKHOLM, 1972). That obviously requires from the human being to be more careful towards the environment and to have more responsibility in the dynamic process of protecting and conserving.

At the light of the Declaration of Stockholm, it is urgent to protect and preserve the Virunga National Park in face of the possibility of oil exploitation once “the protection and improvement of the human environment is a major issue which affects the well-being of peoples and economic development throughout the world; it is the urgent desire of the peoples of the whole world and the duty of all Governments.” (STOCKHOLM, 1972)

It is clearly noticeable that the Congolese authorities failed when they insist on the need to exploit oil in the Virunga Park, Heritage of Humanity, instead of using a lighter developmental argumentation in the era of Sustainable Environment and Development with an eye on future generations in what regards the use of natural resources that are no longer inexhaustible.

It is also possible to oppose the Congolese government when it praises economic development in the exercise of its sovereignty and its right to dispose of natural resources in favor of social wellness, based on principle 4 of the above mentioned Declaration:

Principle 4 – Man has a special responsibility to safeguard and wisely manage the heritage of wildlife and its habitat, which are now gravely imperiled by a combination of adverse factors. Nature conservation, including wildlife, must therefore receive importance in planning for economic development. (STOCKHOLM, 1972)

In the face of the misery and poverty of riparian populations living in the Park protected by UNESCO as a Heritage of Humanity, it is important to look for a new definition for the economic model so that the Congolese State develops other mechanisms or other less destroying

⁹ Refer to the Preamble of the Declaration of Stockholm on the Human Environment (1972)

and polluting economic activities for social wellness without exploiting oil from the Virunga reserve, that is, it would be possible, for example, to develop tourism to collect millions of dollars as it happens in Egypt that, in 2014, “received 10 million tourists and the sector provided the State with 7.5 million dollars, and growth of 1.6 million dollars comparing to 2013.” (TIM-TIM, 2015).

According to the Egyptian minister of tourism, Hisham Zaazou (2015), Egypt collected 12.5 million dollars in 2010, but the income decreased due to the Arab Spring. It is well known that tourism is one of the most profitable economic activities in the country, but the political and social instability frightened the tourists, resulting in a significant reduction of collection.

The number of tourists that visited the country in December 2014 got to 781.6 thousands, comparing to 677.7 thousands in the same month in 2013, an increase of 15.3 % according to the state statistics agency (Capmas, acronym in English)... Visitors from Eastern Europe represented 39.1% of the total, the ones from Western Europe, 34%, and from the Middle East, 14.9%. The total number of Arab tourists was 141.1 thousands, considering the 100.8 thousands in December, 2013, a 39.9% growth (TIM-TIM, 2015)

Such statistics is revealing to refute the argumentation in favor of oil exploitation under the excuse of the economic development of the Ituri area and, especially, the lives of riparian populations, fighting the extreme poverty in which they live. It is clearly possible to develop other economic activities such as tourism, favoring handicrafts and conscious fishing for the sustainability of the populations that are potentially going to be affected by oil exploitation with the pollution and destruction of the ecosystems, the fauna and the flora.

For Leonardo Boff (2012, p. 138) “sustainable development becomes feasible the more it comes from the interaction between the community and its respective local and regional ecosystem.” Within that context, it is possible to offer the populations in Ituri an integrating perspective of their needs in order to preserve and protect the environment without affecting them in their search for a decent life in the satisfaction of their fundamental needs. Their social wellness is the result of a new way of being, good living and the promotion of sustainability.

4 ENVIRONMENTAL CONSEQUENCES OF OIL EXPLOITATION IN THE VIRUNGA PARK

It is important to remember that economic growth and development have been more often pursued than has sustainable development in the last decades. The first one is seen as the cause of environmental degradation and profit maximization in a market economy, generating an imbalance in income distribution and, at the same time, stressing the distance or the abyss between the rich and the poor. The poor are usually the victims of natural resource exploitation by foreign multinational companies, as it happens in Ituri with Soco. They are subject to environmental pollution and contamination, which can generate an ecological disturbance.

One can notice that environmental imbalances are generated by production standards and the ecologically unsuitable occupation of the physical space that, in turn, generate more social differences. In countries under development, poverty increased due to the uneven distribution of resources, creating a vicious circle in which misery generates more misery. (SEIFFERT, 2014, p. 33)

The Preamble of the Declaration of Stockholm (1972), paragraph 4, emphasizes the environmental problems generally connected to industrialization and technological development. An inequality between developed countries and countries under development is seen.

In the developing countries most of the environmental problems are caused by under-development. Millions continue to live far below the minimum levels required for a decent human existence, deprived of adequate food and clothing, shelter and education, health and sanitation. Therefore, the developing countries must direct their efforts to development, bearing in mind their priorities and the need to safeguard and improve the environment. For the same purpose, the industrialized countries should make efforts to reduce the gap themselves and the developing countries. In the industrialized countries, environmental problems are generally related to industrialization and technological development. (STOCKHOLM, 1972)

Environmental degradation is one of the biggest problems generated by industrial expansion or by the industrialization process that results, *ipso facto*, in the search and depletion of natural resources. However, it is possible to integrate the economy to the environment,

overcoming the antagonism between economic development and sustainable development.

In fact, the need for a new paradigm to conciliate economic growth and environment conservation and protection for the future generations is noticed. Environmental quality requires planetary responsibility and solidarity because the environment, as “an asset jointly used by the people”, has to guarantee the basic needs of the human being without harming their social and economic development, rationally using science and technology “to discover, avoid and fight the risks that threaten the environment in order to solve the environmental issues and for the joint wellness of humanity”¹⁰

Besides the fact that Virunga Park was declared a Natural Heritage of Humanity, it is important to highlight the importance of preserving it for the future generations in face of the possible risks resulting from oil exploitation.

On that purpose, Taysa Schiocchet and Mônica Souza Liedke declare:

The issue regarding the protection of future generations is directly linked to the application of the principle of precaution, as it has already been mentioned, in a context where science loses the monopoly of truth and proves to be insufficient before the problems that, many times, were generated and pushed by the discoveries themselves. (SCHIOCCHET; LIEDKE, 2012)

It is also important to highlight that

Environmental scientists and ecologists are more and more often pushing us to base our efforts to avoid damages to the system that gives support to life on Earth on the **principle of precaution**: when evidence shows that an activity may seriously harm human health or the environment, we have to take preventive measures to avoid or minimize such damages, even if some cause and effect relationships have not yet been scientifically established. (MILLER JR, 2011, p. 136, author’s highlights).

For Adir Ubaldo Rech (2013, p. 203), “the mere and simple preservation of everything would end up expelling the human being from the Planet, once they are the only ones who effectively devastate native forests to live and plant other crops for survival.” Such survival is connected to the occupation of spaces where human beings develop

¹⁰ Cf. Preamble of the Declaration of Stockholm on the Human Environment (1972).

their economic activities. The reserve of Virunga has also been invaded by families that destroy and hunters who exterminate protected animals. The concern is not only about the English Company Soco, but also about human activities illegally carried out inside the Park and able to unbalance the environment.

There is no doubt that the environmental issue cannot be just an anthropocentric or social-environmental concern. Environmental preservation and conservation have to be approached as a biocentric concern, that is, for the preservation of life, in all its species and shapes, which mandatorily implies in setting forth environmental spaces or zones for the survival of the different existing biodiversities, among which are human beings themselves. (RECH, 2013, p. 203)

The Virunga Park case is an environmental awareness issue because poorer populations claim for a new economic order that is able to take a new environmental model based on sustainability and on conscious, responsible and solidary consumption. Humanity has to fight against all forms of environmental degradation. It is an obligation before the collectivity to defend and protect the environment in order to insure quality of life, that is, a healthy environment for both the present and the future generations.

For Leonardo Boff (2012, p. 107),

Sustainability is every action to maintain the energetic, informational, physical-chemical conditions that support all beings, especially the living Earth, the community of life and human life aiming at its continuity and also at providing for the needs of the present and the future generations so that the natural capital is maintained and enriched in its regeneration, reproduction and coevolution capacity. (BOFF, 2012, p. 107)

The fact that the Congolese government granted a permit for Soco to exploit and start drillings at Virunga Park without talking to the populations that are possibly going to be affected by the degradation of the environment, the pollution of rivers and the extinction of the species protected by UNESCO is a lack of ecologic responsibility, that is, responsibility towards the future generations once the reserve that was declared a Heritage of Humanity is a precious heritage that the State has the incumbency and the mission to transmit from generation to generation,

assuming the integral responsibility and not its destruction or degradation by predatory, destroying, exploratory and pollutant foreign companies.

Before the insistence of the Congolese government on the exploitation of oil for the economic development of the area, it is an imperative to apply the principle *in dubio pro natura*, inviting Soco to supply explanations based on the burden of proof that its transforming activities in the Virunga reserve would not result in damages to the environment. Nature cannot simply be seen as a supplier of raw material, but as a sanctuary of life, of interaction between the human being and other non-human beings.

Andreaia Mendonça Agostini and Raul Cezar Bergold (2013, p. 181) are in that diapason when they recognize that “the environment has to be seen not only from the natural resource approach, but as a propeller of conditions that are favorable to human wellness, thus designing a real parallel between human rights and the environment.”

In what regards riparian populations in the Park, it is important to say that, in case an oil exploitation permit is granted, it would immediately affect over 50,000 families that make a living on fishing activities and that depend on Lake Edward, fish being the most important source of feed for them. In case of environmental damages resulting from oil exploitation, fishing activities are going to be harmed by pollution in the lake and all the economic activities that provide for the survival of people and their families are going to be affected. It is also important to highlight the displacement of many of those families and the lack of settlements once, according to the government, many of them illegally take the area of the reserve.

One cannot forget that about 200 endangered gorillas live in the volcanic mountains of Virunga Park and that is what led UNESCO to declare the reserve a Natural Heritage of Humanity (MAIS AFRICA, 2015).

It is important to stress the vulnerability of the forests in the Democratic Republic of Congo. The forest located in the Park is threatened by the extraction of coal and wood, as is its biodiversity, once the Park is the natural habitat of over 700 species of birds and over 2,000 species of plants (MAIS AFRICA, 2015).

Virunga Park has huge possibilities according to the studies carried out by WWF’s environmentalists. It can generate up to 45,000 job positions in the areas of water power, fishing, ecologic tourism, medicine, scientific research and education (MAIS AFRICA, 2015) and promote

sustainable development with the capacity to generate one million euros a year.

In that case, there is no antagonism and even less exclusion between environmental preservation and businesses (economic activities). However, it is important to recognize that the Park has exceptional universal value and its statute of Heritage of Humanity does not allow for oil exploitation or drilling. The Congolese government is in charge of canceling the permits granted and adopting measures to preserve and conserve the Park, promoting sustainability activities, clearly defining the environmental zoning with an eye on its social-economic purpose and so that riparian populations are not harmed because they take an area in the Park.

It is essential that the Congolese authorities set forth protection rules according to the international conventions related to environmental management, geopolitics and sustainable development, biodiversity protection, global warming or climate changes, water and power resources management to which the Democratic Republic of Congo is a signatory.

FINAL RECOMMENDATIONS

The search of a healthy quality of life is perceived in the way a government treats its citizens and fights for the preservation and conservation of its environment from the implementation of public policies to value its environmental reserves. The defense of the environment is an obligation of all that cannot be sacrificed before what Boaventura de Sousa Santos calls the “thriving development of capitalism”.

The objective of this paper was to analyze the controversy created by the Congolese government when it granted a permit to the English multinational company Soco to exploit oil and start drilling at the Virunga National Park, which UNESCO had declared a Natural Heritage of Humanity for sheltering the endangered mountain gorillas and for its exceptional biodiversity. The government certainly did not count on the violent and efficient reaction of the Non-Governmental Organizations (Human Rights Watch, Global Witness, WWF), the organized civil society and UNESCO itself asking for the drillings to be suspended and for the Congolese authorities to cancel the permits issued so that oil exploitation would be impaired and insuring the defense, the protection and the conservation of the environment.

Based on the research carried out, it was possible to conclude that, to defend and to protect the environment, multinational companies that destroy natural resources and pollute the environment cannot have primacy and prominence. Virunga Park is a real sanctuary for gorillas, for biodiversity and for the ecosystems in the area of Ituri in the province of North Kivu.

The Congolese State is responsible for promoting the economic development model aligned to the sustainable development embraced by the good governance and the good environment management in what regards the exploitation of natural resources. The Democratic Republic of Congo is one of the poorest countries in the world in terms of GDP and Human Development Index (HDI), but it is one of the wealthiest ones in what regards natural resources with no fair usage for most of its populations. It is time to improve the conditions of life for the Congolese people by means of public policies aimed at the human being and at the defense and protection of the environment, insuring quality of life for all.

With no antagonism between economic development and sustainability, the authorities are expected more efficient actions towards the preservation of the environment and, at the same time, they are also expected to respect the international commitment of conserving Virunga Park as a Heritage of Humanity, eliminating once and for all the possibility of irreversible damages from oil exploitation.

Finally, opposing oil exploitation at Virunga Park, this paper favored the Egyptian model in what regards the sustainable model embraced by the ecologic tourism, which has brought enough financial resources to that country for its economic development without damaging the environment.

Let it be so for the Democratic Republic of Congo in the conscious use of the resources in the Virunga Park with a compassionate and solidary look towards future generations.

REFERENCES

AGOSTININI, Andreia Mendonça; BERGOLD, Raul Cezar. Vidas Secas: Energia hidrelétrica e violação dos Direitos Humanos no Estado do Paraná. *Revista Veredas do Direito*, v. 10, n.19, p. 167-192, jan./jun. 2013.

BOAVENTURA, Antônio Marcos. O direito fundamental ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado e à economia de mercado. In: REZENDE, Elcio Nacur; BIZAWU, Kiwonghi (Orgs). *Direito Ambiental e desenvolvimento sustentável: uma redefinição da consciência ambiental planetária*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC-, 2014.

CONGO. (Constituição de 2006). *Constitution of Democratic Republic of Congo*. 2016.

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: O que é – O que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FURLAN, Anderson; FRACALOSSO, William. *Direito Ambiental*. São Paulo: Forense, 2010.

MAIS ÁFRICA. *Parque Nacional de Virunga ainda ameaçado*. Available at: <<http://www.dw.de/parque-nacional-de-virunga-ainda-amea%C3%A7ado/g-17799462>>. Accessed on: Jun. 19, 2015.

MILLER JR, G. Tyler. *Ciência Ambiental*. Trad. da 11ª edição americana. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

RECH, Adir Ubaldo. O zoneamento ambiental e urbanístico como instrumento de tutela efetiva e eficaz do meio ambiente. *Revista Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 193-222. Jan/Jun. 2013.

RUDIO, Franz Victor. *Introdução ao projeto de Pesquisa Científica*. Petrópolis: Vozes, 1986.

SCHIOCCHET, Taysa; LIEDKE, MônicaSouza. O Direito e a proteção das gerações futuras na sociedade do risco global. *Revista Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 109-131. Jan./junho, 2012.

SEIFFERT, Mari Elizabete Bernardini. *Gestão Ambiental: Instrumentos, Esferas de Ação e Educação Ambiental*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2006.

TIM-TIM, Tomás. *O Egito quer ampliar o setor de turismo e já mostra*

bons indicadores. Disponível em: <<http://www.africa21online.com/artigo.php?a=10129&e=Especiais>>. Accessed on: Jun. 21, 2015.

VIRUNGA National Park. Available at: <<https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=parque%20nacional%20de%20virunga%20congo>>. Accessed on: Jun. 19, 2015a.

VIRUNGA National Park, former Albert National Park. Available at: <http://www.girafamania.com.br/africano/park_congo_virunga.html>. Accessed on: Jun. 22, 2015b.

WIKIPEDIA. *Democratic Republic of Congo*. Available at: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Rep%C3%ABlica_Democr%C3%A1tica_do_Congo>. Accessed on: Jun. 22, 2015.

WORLD Wide Fund For Nature. Available at: <http://www.wwf.org.br/wwf_brasil/wwf_mundo/> Accessed on: jun. 19, 2015.

WWF. *Site*. Available at: <http://www.wwf.org.br/wwf_brasil/wwf_mundo/wwf/>. Accessed on: Jun. 19, 2015.

Article received on: 23/Sep/2016.

Article accepted on: 17/Nov/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil Exploitation at Virunga Park as a Threat to the Environment and to Endangered Animal Species. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>>. Acesso em: dia mês. ano.

LA PROTECTION JURIDIQUE INTERNATIONALE DE LA BIODIVERSITE MARINE

André de Paiva Toledo

Docteur en droit à l'Université Panthéon-Assas Paris II, à Paris, France.
Diplômé en droit de l'Université Fédérale
de Minas Gerais (UFMG), à Belo Horizonte, Brésil.
Professeur de droit international à l'École
Supérieure Dom Helder Câmara, à Belo Horizonte, Brésil.
Email: depaivatoledo@gmail.com

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur le droit international de l'environnement relatif à la protection des ressources biologiques des océans. Il a été conçu pour traiter de l'importance des impacts environnementaux lors de l'utilisation de la biodiversité marine comme matière première de la production industrielle, en analysant les instruments juridiques internationaux créés pour la gestion durable des ressources biologiques. Cet ordre juridique est ainsi composé de divers instruments normatifs, notamment la Convention sur le droit de la mer qui, avec la Convention sur la diversité biologique, fournit les dispositions fondamentales de la protection environnementale des océans. Une étude systématique de cet ordre juridique international environnemental a été donc réalisée pour démontrer la nécessité du développement continu des mécanismes d'efficacité des mesures prises et de l'adoption de nouvelles mesures plus adaptées aux enjeux environnementaux fondés sur la pêche illicite, la pêche non réglementée des stocks chevauchants et grands migrateurs, la surpêche dans les espaces de juridiction nationale, la pêche prédatrice en haute mer et la prospection non contrôlée du patrimoine génétique marine.

Mots-clés: Droit international de l'environnement; Droit de la mer; Protection de la biodiversité marine.

*THE INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF
THE MARINE BIODIVERSITY*

ABSTRACT

This is an article about the international environmental law relating to the protection of the biological resources of the oceans. It was conceived to address the importance of the environmental impacts when the marine biodiversity is used as a raw material for the industrial production, from the analysis of the international legal instruments created for the sustainable management of the biological resources. This legal order is thus composed of various normative instruments, in particular the Convention on the Law of the Sea which, in line with the Convention on Biological Diversity, provides the basic provisions for the environmental protection of the oceans. A systematic study of this international environmental legal order was therefore carried out in order to demonstrate the necessity of the continued development of the mechanisms of effectiveness of the measures taken and the adoption of new measures more adapted to the environmental issues based on illegal fishing, unregulated fishing of straddling and highly migratory stocks, overfishing in areas of national jurisdiction, predatory fishing on the high seas and uncontrolled prospecting of marine genetic resources.

Keywords: *International Environmental Law; Law of the Sea; Protection of marine biodiversity.*

INTRODUCTION

L'hétérogénéité des structures écosystémiques de la mer a été à l'origine d'une très riche diversité marine dont l'évolution a pris un chemin indépendant par rapport à celui de la biodiversité terrestre. En effet, tandis que le gradient de la diversité biologique terrestre présente à l'évidence une concentration maximale dans la région tropicale et un appauvrissement progressif vers les pôles, la richesse biologique marine, au contraire, semble être maximale dans les zones tempérées. Les mers de ces zones, où l'eau est plus froide, présentent une énorme variété de planctons, notamment dans les zones de résurgences et dans les courants maritimes. À l'inverse, les mers des zones tropicales sont significativement plus pauvres en raison d'une faible biomasse planctonique.

Toute activité humaine sur l'environnement a inévitablement des répercussions réelles. Ces bouleversements de l'organisation naturelle des écosystèmes peuvent être significatifs ou non significatifs. Le droit international cherche à fournir des instruments pour empêcher d'éventuelles répercussions préjudiciables significatives, dans la mesure où tout travail humain sur les matières premières de la nature a forcément un impact sur l'environnement. Il en va de même pour l'utilisation humaine des ressources biologiques marines. Tout travail exercé sur la mer implique une modification du milieu naturel. Les actions menées par l'homme en mer génèrent donc d'importantes nuisances dans l'environnement marin, qui est riche mais fragile. Les dommages sur les ressources biologiques marines se caractérisent par leur gravité sur les plans écologique, socioéconomique et humain. Puisque seule une partie minimale de ces nuisances est naturellement absorbée, l'océan se trouve menacé, notamment près des côtes où les activités humaines sont plus intenses.

Afin de prévenir la dégradation de l'environnement marin, il convient d'adopter une démarche fondée sur les principes de précaution et de prévention des dommages significatifs plutôt qu'une démarche de correction des préjudices causés. Cette démarche implique nécessairement l'adoption par les États de mesures de précaution, la réalisation d'études d'impact sur l'environnement, le développement d'une technologie de production moins invasive et la création d'un système d'action globale pour lutter contre les facteurs préjudiciables dans le milieu marin.

La source la plus importante de dommage significatif de l'environnement marin se trouve dans les zones côtières où vit la grande

majorité de la population mondiale. Ces zones contiennent des habitats productifs très complexes, qui sont importants pour les établissements humains, le développement et la subsistance des populations locales. Plus de la moitié de la population mondiale vit à moins de 60 kilomètres d'une côte, et cette proportion pourrait atteindre les trois quarts en 2020. Lorsque l'on parle de la lutte contre la dégradation du milieu marin, des mesures urgentes doivent être adoptées sur le territoire terrestre des États. Cependant, c'est suite à des catastrophes écologiques en mer¹ qu'il a pu y avoir une prise de conscience globale quant à la gravité de la question environnementale maritime. À partir de cette prise de conscience, les États ont commencé à créer un système juridique international sur l'environnement qui a progressivement bouleversé les normes juridiques en vigueur jusqu'alors et institué de nouvelles règles généralement valides.

Ces dernières années, les ressources halieutiques de la mer se sont considérablement accrues. Les dispositions normatives du droit international de l'environnement fixent les obligations des États en ce qui concerne l'utilisation et la conservation des ressources biologiques de la mer. Toutefois, la gestion de ces ressources naturelles, y compris la normalisation, l'application des règles et le suivi des mesures de conservation efficaces, reste encore un défi dans de nombreuses zones. C'est la raison pour laquelle certaines ressources de pêche marine sont surexploitées.

Les enjeux du droit international de l'environnement marin relatif aux ressources biologiques se concentrent sur la pêche non réglementée, l'existence de suréquipement, la taille excessive des flottes, l'adoption de pavillons de complaisance permettant de se soustraire aux régimes de pêche, l'utilisation d'engins de pêche prédateurs, la pauvreté des bases de données sur les stocks de poissons et la nécessité de renforcer les mécanismes de coopération internationale.

1 BIODIVERSITE MARINE DANS LE CADRE DE LA PROTECTION INTERNATIONALE ENVIRONNEMENTALE

Les accidents pétroliers de plus en plus fréquents et plus graves ont mobilisé l'opinion publique des États développés de façon à créer une conjoncture de négociations favorable à la formation du droit international

¹ Le 18 mars 1967, l'échouement du pétrolier *Torrey Canyon* en haute mer au large de la côte britannique a causé la première marée noire de grande importance.

de l'environnement marin. Quelques semaines avant l'adoption de la résolution sur les pollutions marines accidentelles, le 3 décembre 1968, l'Assemblée générale des Nations Unies, pendant la même session, a adopté la résolution 2398 (XXIII) relative aux problèmes de l'environnement, qui prévoyait une Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain en 1972. Cette conférence, qui s'est tenue à Stockholm, a abordé en termes très généraux la question de l'environnement marin. (JAQUES, 2014, p. 306)

La Déclaration de Stockholm affirme dans les principes 2 à 7 que les ressources naturelles de la planète doivent être conservées par le biais d'une planification formelle, d'une utilisation cohérente et d'une gestion attentive par les États titulaires de la souveraineté territoriale. Cela signifie que l'homme a la responsabilité particulière de sauvegarder et de bien gérer les divers composants du patrimoine biologique constitué par la flore et la faune sauvages et leur écosystème. De cette façon, en ce qui concerne le milieu marin, les ressources naturelles non renouvelables de la mer doivent être exploitées de façon à ce qu'elles ne risquent pas de s'épuiser et les États doivent prendre toutes les mesures disponibles pour empêcher la pollution maritime. De fait, le principe 7 de la Déclaration de Stockholm détermine que:

Les États devront prendre toutes les mesures possibles pour empêcher la pollution des mers par des substances qui risquent de mettre en danger la santé de l'homme, de nuire aux ressources biologiques et à la vie des organismes marins, de porter atteinte aux agréments naturels ou de nuire à d'autres utilisations légitimes de la mer.

Cet important instrument juridique international met en évidence la nécessité de la mise en œuvre par les États de stratégies mondiales de pêcheries en harmonie avec les conditions environnementales, de la préservation du milieu marin en général et de la lutte contre la pollution de la mer en particulier. Toutes ces situations problématiques doivent également faire l'objet d'une surveillance constante par les États. (KISS; SICHAULT, 1972)

Le milieu marin, y compris les zones côtières adjacentes, forme un ensemble constituant un élément essentiel pour l'existence de la vie sur la planète. Ce milieu requiert une exploitation durable à travers l'adoption de technologies de production moins destructrices. Le droit international de l'environnement marin constitue le fondement sur lequel doivent s'appuyer

les efforts nationaux visant à protéger et à mettre en valeur de façon durable le milieu marin, y compris ses ressources naturelles. Cela suppose l'élaboration de nouvelles stratégies de gestion coopérative des mers, des océans et des zones côtières aux niveaux national, régional et global. Ces mécanismes de coopération doivent être axés à la fois sur les principes de précaution et de prévention. En outre, la coopération internationale pour la protection environnementale doit établir l'obligation des transferts de technologie pertinente et des moyens financiers nécessaires pour que les États en développement puissent eux aussi contribuer effectivement aux objectifs environnementaux internationaux.

La Convention de Montego Bay sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 a concrétisé l'approche juridique maritime globale en tenant à ce que la protection du milieu marin soit régie dans son ensemble. Elle a fait franchir une étape cruciale au droit international de l'environnement marin. Cette convention a établi pour le milieu marin ce qui avait été prévu plus généralement dans la Déclaration de Stockholm. L'exercice de la souveraineté d'un État sur les ressources naturelles de son territoire ne doit pas causer de préjudice à l'environnement d'un autre État. Vu le risque important de dommages environnementaux transfrontières, il y est établi que les États ont l'obligation de coopérer pour atteindre les objectifs de la Convention. Cette obligation constitue un vrai principe général de droit international. Par rapport aux règles environnementales établies antérieurement, la Convention de Montego Bay n'a apporté aucun élément nouveau. Cependant, cette obligation générale est juridiquement importante dans la mesure où elle est systématiquement rappelée par la jurisprudence² internationale. (BEURIER, 2014, p. 1.618)

En effet, l'article 192 de la Convention de Montego Bay impose une obligation générale de protection et de préservation du milieu marin, quelle qu'en soit la source. L'article 194, § 5 établit que les mesures prises comprennent celles qui sont nécessaires pour protéger et préserver les écosystèmes rares ou délicats ainsi que l'habitat des espèces et autres organismes marins en régression, menacés ou en voie d'extinction.

Les États doivent prendre toutes les mesures afin que les activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle ne causent aucun préjudice à d'autres États et à leur environnement. L'article 235 reconnaît les États comme responsables de la protection et de la préservation du milieu marin

2 L'obligation de coopérer et de préserver le milieu marin a été réaffirmée par le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire usine MOX.

et les oblige à créer des voies de recours pour indemniser les dommages et pour d'autres réparations.

2 INTRODUCTION DES ESPECES EXOTIQUES DANS LE MILIEU MARIN

De façon consciente ou non, l'homme a souvent brassé de nombreuses espèces vivantes. Ces brassages peuvent avoir des répercussions significatives sur l'équilibre des écosystèmes. En ce qui concerne le milieu marin, les brassages ont fréquemment conduit à un déséquilibre écologique important. Les activités de ballastage et de déballastage des vraquiers liquides pratiquées par des navires pétroliers sont la principale cause de brassage des milliards de tonnes d'eau de mer d'un océan à l'autre. Cela provoque un vaste mélange des espèces planctoniques et, depuis le milieu des années 1980, la prolifération dans toute la planète d'espèces exotiques invasives au détriment des espèces indigènes, ce qui peut modifier substantiellement la chaîne alimentaire. Actuellement, l'introduction d'espèces exotiques est considérée comme la seconde cause de perte de diversité biologique à l'échelle globale. (BEURIER, 2014)

Une réglementation internationale a été développée par les États afin d'établir expressément une interdiction absolue de toute introduction d'espèce exotique susceptible de mettre en danger la survie des espèces endémiques. Dans ce cadre, la Convention de Montego Bay apporte une précision à ce sujet lorsqu'elle détermine, dans l'article 196, § 1, que les États doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser l'introduction intentionnelle ou accidentelle dans une partie du milieu marin d'espèces étrangères ou nouvelles pouvant y provoquer des changements considérables et nuisibles.

La Convention de Rio de Janeiro sur la biodiversité, signée le 5 juin 1992, prévoit, dans l'article 8, outre l'interdiction et le contrôle de l'introduction des espèces exotiques dans le milieu naturel, la possibilité d'éradiquer ces espèces de façon à empêcher leur reproduction incontrôlée. Cette disposition autorise juridiquement l'extinction de ressources vivantes si elle est nécessaire au maintien de l'équilibre écologique, ce qui semble curieux dans un contexte environnementaliste. De toute façon, cette mesure reste très paradoxale, car l'espèce opportuniste ne se révélera dangereuse pour l'environnement que lorsqu'elle aura suffisamment pénétré dans un territoire pour ne plus être éradicable.

La réglementation internationale développée pour faire face à toute introduction d'espèces exotiques risquant de menacer la survie des espèces endémiques insiste sur la nécessité que les États anticipent l'invasion des espèces pour que la lutte contre ce phénomène devienne effective. De même que la Convention sur la diversité biologique, la Convention de Berne, du 19 septembre 1979, relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe, oblige, dans son article 11, § 1, « b », les États parties à contrôler strictement l'introduction des espèces non indigènes. (BEURIER, 2008, p. 8)

Les actions internationales de gestion de l'introduction d'espèces exotiques concernent leur prévention ou leur contrôle. Face à la menace que ces espèces invasives représentent pour l'équilibre écologique des États, on peut aussi distinguer les stratégies d'atténuation et d'accommodation. La première consiste à réduire la probabilité qu'apparaisse une mauvaise espèce dans la nature par l'adoption, par exemple, de mesures de quarantaine, tandis que la seconde a pour but de limiter les impacts significatifs d'ordre économique de l'introduction d'espèces exotiques, en changeant une culture pour diminuer la gravité des conséquences de l'invasion biologique. (FRÉSARD, 2011, p. 490)

Les espèces marines envahissantes sont une menace importante pour les écosystèmes, la navigation maritime étant reconnue comme le vecteur principal de leur introduction dans l'environnement local. La convention internationale pour le contrôle et la gestion des eaux de ballast et des sédiments des navires a été adoptée à Londres en 2004. Il s'agit d'un traité international qui vise à empêcher le brassage d'espèces exotiques nuisibles d'une région à une autre, en établissant des normes juridiques de contrôle et de gestion des eaux de ballast et des sédiments des navires. Le but de la Convention de Londres est de permettre le contrôle effectif du transport des espèces exotiques présentes dans les sédiments côtiers, d'un écosystème vers un autre où elles seraient potentiellement nuisibles sans l'utilisation de produits chimiques. L'idée est de limiter au maximum les transferts par l'obligation de rejeter les eaux de ballast le moins souvent possible, afin de prévenir, réduire ou éliminer le transfert transfrontière d'organismes marins nuisibles.

L'État côtier doit mettre à jour les informations sur les zones les moins dangereuses, au large de ses côtes, où l'opération peut être réalisée. Un système de registre de déballastage doit consigner les dates des rejets, les lieux, les quantités et les conditions extérieures. Ce registre est tenu et

mis à jour par le capitaine. Les États sont obligés d'assurer la mise en place d'installations de réception des sédiments adéquates dans les ports et les terminaux où le nettoyage ou les réparations des citernes à ballast devront être faits. Il s'agit donc soit de gérer au port les eaux de ballast et les sédiments dans des installations destinées à cette fonction, soit d'organiser le ballastage et le déballastage dans des zones maritimes écologiquement plus adéquates.

Il est aussi possible, selon le texte de la Convention de Londres, d'avoir recours à la méthode du flux permanent, qui consiste à pomper jusqu'au débordement des ballasts de façon à permettre un renouvellement permanent des espèces présentes au gré des zones parcourues.

L'introduction d'espèces exotiques dans un milieu marin différent a provoqué des dommages significatifs partout dans le monde. Malgré la signature de conventions spécifiques, comme la Convention de Londres, la réalité démontre que le volume d'invasions biologiques est encore considérable.

3 PECHE MARITIME

La biodiversité marine, tant au niveau des écosystèmes que des gènes, est un ensemble de ressources naturelles qui est le support de toute une série d'activités humaines. La pêche est l'une des plus importantes d'entre elles. (REVÉRET; DANCETTE, 2010) Les ressources biologiques de la mer sont une source essentielle de protéines pour les populations de divers États. En outre, l'utilisation de ces ressources revêt une importance unique pour les groupes humains traditionnels et les indigènes. En effet, ce patrimoine naturel est à la base de l'alimentation et sert de moyen de subsistance à des millions de personnes. Il offre des possibilités accrues pour combler les besoins nutritionnels et sociaux, notamment dans les États en développement du Sud.

La pêche qui, jusqu'aux années 1980, a été pratiquée à un rythme de croissance continue inédite, est actuellement stagnante. Les captures annuelles restent autour de 85 millions de tonnes de poissons et crustacés, dont 95 % proviennent des eaux relevant de la juridiction nationale, ce qui a été suffisant pour contribuer substantiellement à la dégradation du milieu marin à travers la surpêche, la rupture des équilibres biotiques et la destruction des fonds chaluables. (BEURIER, 2014, p. 1.615) De fait, les activités de pêche réalisées dans les zones de juridiction nationale sont

confrontées à de graves problèmes, notamment la surexploitation des aires de pêche, la dégradation des écosystèmes marins, l'incursion illicite des navires étrangers, le suréquipement et la taille excessive des flottes, l'utilisation de technologies de pêche qui ne sont pas sélectives, ainsi que l'absence de bases de données fiables. Malgré (ou bien à cause de) tous ces problèmes, la productivité de la pêche internationale a augmenté près de cinq fois pendant les dernières décennies.

L'effort de pêche global a conduit, depuis les années 1950, à une remarquable productivité des ressources biologiques marines, mais également à une surpêche de 60% des espèces commercialisables, aux conséquences graves. Dans un contexte d'exploitation économique de ces ressources au-delà de leurs limites de durabilité, où le poisson disponible devient chaque année plus rare et difficile à trouver, on a commencé à assister à une baisse de productivité telle qu'entre 1970 et 2000 les captures annuelles moyennes sont passées de plus de cinq tonnes à environ trois par pêcheur, ce qui correspond à une baisse de 40% par rapport à auparavant. Outre le grand nombre de bateaux et de pêcheurs exerçant leur activité dans les océans, trop nombreux pour les ressources biologiques disponibles, l'utilisation de technologies prédatrices peut aussi expliquer la raréfaction des ressources poissonnières. De fait, les pêcheries sont souvent sélectives quant aux espèces qu'elles ciblent. Cependant, en réalité, ces activités ne prennent pas en considération les captures accidentelles – dont il est fait un gaspillage impressionnant – et, par conséquent, la perte d'espèces ayant des fonctions écosystémiques essentielles. Pour donner une idée de ce gaspillage prédateur, les rejets de prises accidentelles représentent 25% à 30% du total des pêcheries. (REVÉRET; DANCETTE, 2010, p. 83)

Malgré l'ampleur des problèmes mentionnés, la conservation marine est récemment devenue un enjeu global. La Convention de Montego Bay définit un régime juridique international pour les océans et les mers en établissant les règles détaillées touchant toutes les utilisations maritimes, notamment en ce qui concerne l'accès à leurs ressources naturelles. Cette convention s'est développée pour atteindre des objectifs de protection des océans, y compris la préservation des ressources biologiques. Le droit de la mer, qui était jusqu'alors un ordre juridique de la surface, s'est développé ensuite dans un sens pluridimensionnel où l'exploration et l'exploitation des fonds marins sont prises en considération. Il devenait inévitable que le droit de l'utilisation et de la préservation des ressources de pêche marine soit une partie constituante de ce nouveau droit de la mer. (DOUAY, 1983)

La Convention de Montego Bay rassemble en un seul traité international les coutumes relatives aux utilisations des océans et introduit simultanément de nouveaux régimes juridiques, tout en tenant compte des préoccupations contemporaines. Les dispositions de la Convention de Montego Bay quant aux ressources biologiques marines des différents régimes juridiques déterminent les obligations des parties contractantes relatives à la conservation et à l'utilisation de ces ressources naturelles.

4 PECHE EN HAUTE MER

La Convention de Montego Bay maintient le principe de la liberté de pêche au-delà des limites des juridictions nationales, mais cette liberté est mentionnée à la cinquième place de l'article 87:

La haute mer est ouverte à tous les États, qu'ils soient côtiers ou sans littoral. La liberté de la haute mer s'exerce dans les conditions prévues par les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international. Elle comporte notamment pour les États, qu'ils soient côtiers ou sans littoral: la liberté de la pêche, sous réserve des conditions énoncées à la section 2.

La section 2 de la partie VII de la Convention de Montego Bay mentionnée ici est dédiée à la conservation et à la gestion des ressources biologiques de la haute mer. Cette section reconnaît, dans l'article 116, « a », que tous les États ont droit à ce que leurs ressortissants pêchent en haute mer sous réserve de leurs obligations conventionnelles, ce qui signifie que l'État peut remplir ces obligations quant au contrôle de la navigation hauturière des navires de pêche battant son pavillon. Les États parties de la Convention de Montego Bay doivent prendre des mesures de conservation des ressources halieutiques à l'égard de leurs ressortissants. C'est la même solution juridique que l'on trouve dans l'article 118, selon lequel les États doivent coopérer à la conservation des ressources biologiques de la haute mer. Les États dont les ressortissants pêchent dans une même zone ou pêchent des ressources biologiques identiques doivent négocier afin de prendre les mesures nécessaires à la conservation desdites ressources naturelles. Cette coopération ne concerne pas seulement les États qui pêchent les mêmes espèces, mais également ceux qui exploitent des stocks différents dans une même région et qui, de ce fait, pourraient surexploiter les espèces associées à celles recherchées. Les États parties de

ces négociations imposent à leurs ressortissants des normes de conservation sur lesquels ils se sont mis d'accord.

Concernant la conservation des ressources biologiques de la haute mer, la Convention de Montego Bay établit, dans l'article 119, que lors de la fixation du volume admissible des captures, les États doivent faire en sorte que les pêcheries se situent dans la zone du rendement optimum soutenable. Ainsi, les États doivent fixer le volume admissible des captures des espèces exploitées en haute mer, afin d'imposer à leurs ressortissants les mesures dictées par la gestion rationnelle des stocks. Ces mesures doivent se fonder sur les données scientifiques les plus fiables dont les États disposent, propres à assurer un rendement optimum soutenable sans effet discriminatoire à l'encontre d'aucun pêcheur. L'objectif est de maintenir et rétablir les stocks des espèces exploitées en haute mer à des niveaux qui assurent le rendement constant maximum à l'égard des facteurs écologiques et économiques pertinents, y compris les intérêts des États en développement. À plusieurs reprises, la Convention de Montego Bay fait mention d'une coopération des États par l'intermédiaire d'organisations de pêche sous-régionales, régionales ou mondiales.

En effet, les États qui pêchent en haute mer doivent coopérer à la conservation des ressources biologiques à travers la création d'organisations internationales de pêche. À partir des années 1950, le nombre de ces organismes va rapidement croître, en raison de l'engagement indispensable des États dans la conservation des ressources, mais aussi comme le résultat des efforts de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture en vue de développer un système international de pêche homogène.

Les organisations internationales de pêche ont pour but de faire adopter par les États membres des normes juridiques de développement des pêcheries durables tendant à maintenir un rendement optimum constant des stocks de poissons. La compétence technique des organisations internationales de pêche comprend la compétence en raison de la zone de pêche et en raison de l'espèce de poisson. Cette double possibilité de compétence est due au but poursuivi par l'organisation : gérer les ressources biologiques d'une zone délimitée ou bien gérer une ou plusieurs espèces sur l'ensemble marin. C'est pour cela que l'on peut distinguer les organisations par zone³ et par espèce⁴.

3 Par exemple, la Commission des pêches pour l'Atlantique du centre-ouest (COPACE).

4 Par exemple, la Commission pour la conservation des thonidés de l'Atlantique (ICCAT).

La plupart des océans est couverte par un réseau de dizaines d'organisations internationales de pêche dont les compétences de gestion peuvent être très variables. Leur compétence normative permet d'instaurer un certain niveau de règles de conservation des ressources poissonnières et de répartition des quotas de pêche parmi les États membres en vue d'une exploitation durable. Vu que la pêche est normalement pratiquée par des navires privés, les États membres d'une organisation internationale de pêche doivent introduire le contenu de ces règles dans leur ordre juridique national pour que les pêcheurs puissent être responsabilisés civilement et criminellement.

L'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture a essayé depuis 1984 de responsabiliser les États en adoptant une stratégie mondiale d'aménagement des pêches. Cette organisation a évoqué la notion de pêche responsable, en 1991, en opposition à la surpêche généralisée. Sous son égide, un accord a été signé en 1993 afin d'imposer aux pêcheurs le respect des règles internationales de conservation, notamment celles qui interdisent le dépavillonnage des navires de pêche, ce qui est très largement pratiqué par les États dont les flottes ne peuvent être utilisées que loin de leurs côtes déjà surexploitées. Dans la mesure où il doit exister un lien substantiel entre le navire de pêche et l'État qui lui accorde son pavillon, l'accord de 1993 rend l'État du pavillon responsable des actes illicites pratiqués par des navires de pêche battant son pavillon. Les navires doivent disposer à bord d'une autorisation et de tous les certificats de pêche pour que leur activité soit licite. Deux ans plus tard, un code de bonne conduite pour une pêche responsable a été approuvé au sein de la même organisation. Ce code exhorte les États à supprimer leur surcapacité de pêche, mais rappelle aussi les obligations de l'État du pavillon en ce qui concerne le contrôle des navires de pêche en haute mer ou dans les zones économiques étrangères.

À l'exception des petits pélagiques, la principale ressource de pêche en haute mer est constituée par les thonidés dont les prises annuelles atteignent 500.000 tonnes. Sur la totalité des espèces exploitées en pêche hauturière, 44% sont considérées comme surexploitées et 30% comme exploitées au maximum durable. Bien que les prises en haute mer ne soient pas faibles, les captures en mer côtière représentent jusqu'à 95% du résultat de pêche mondial. (BEURIER, 2014)

5 PECHE COTIERE

La Convention de Montego Bay reconnaît donc la liberté de pêche en haute mer, mais encadrée par les normes juridiques qui obligent les États à une coopération directe ou par l'intermédiaire des organisations internationales de pêche. Depuis le XVI^e siècle, il est communément admis que la pêche en haute mer est entièrement libre. La liberté de pêche est vue comme la traduction de l'idée fondamentale de l'égalité souveraine des États. Si l'origine coutumière de cette liberté était fondée sur l'idée que les pêcheurs sont égaux en droits en haute mer, la Convention de Genève sur la haute mer de 1958 a reconnu, dans les articles 6 et 7, un intérêt spécial de l'État côtier au maintien et à l'exploitation des ressources de la haute mer adjacente à la mer territoriale, intégré dans le droit international coutumier par l'arrêt prononcé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des pêcheries en Islande. La condition d'État côtier s'impose donc comme porteuse d'avantages justifiés sur les droits souverains d'exploitation de la mer territoriale, et implique par conséquent la nécessité de protection de ces ressources biologiques. (LE HARDY, 2002)

L'attribution à l'État côtier d'une zone économique exclusive est sans doute l'une des innovations les plus importantes apportées par la Convention de Montego Bay. Ce régime juridique a pu unifier les mécanismes d'utilisation des espèces qui sont écologiquement éloignées. Cette zone peut être délimitée jusqu'à 200 milles des lignes de base de façon unilatérale par l'État côtier, qui y protège grâce à son règlement interne l'ensemble des ressources halieutiques de ses côtes. Si l'on réfléchit systématiquement, aucun privilège relatif à la pêche en haute mer ne pouvait raisonnablement être accordé à l'État côtier pour l'institution d'une zone économique exclusive. Selon le principe de l'égalité, l'État côtier est un État pêcheur parmi d'autres. Cependant, l'article 116, « b », de la Convention de Montego Bay établit que la liberté de pêche en haute mer se réalise sous réserve des droits, des devoirs et des intérêts des États côtiers, faisant rémission à l'article 63, § 2 et aux articles 64 à 67 de la même convention. La première disposition concerne les stocks de poissons se trouvant à la fois dans la zone économique exclusive d'un État côtier et dans un secteur de la haute mer adjacent à cette zone. L'État côtier et les États pêcheurs en haute mer doivent s'efforcer directement ou par l'intermédiaire d'une organisation internationale de pêche de s'entendre sur les mesures de conservation de ces stocks chevauchants. Ces réserves

concernent les stocks chevauchants, les stocks grands migrateurs, les mammifères marins et les diadromes⁵.

Dans le régime juridique de la zone économique exclusive, l'État côtier possède des droits souverains pour l'exploration et l'exploitation, mais aussi pour la conservation des ressources qui s'y trouvent, c'est-à-dire que lui seul est compétent pour gérer les ressources biologiques de la colonne d'eau. Dans la zone économique exclusive, l'État côtier se voit doté de vastes prérogatives pour assurer la préservation du milieu marin, conformément à l'article 56, § 1, « b », iii. La préservation des ressources halieutiques suppose un environnement de qualité. Pour cela, l'État côtier a juridiction en ce qui concerne la protection et la préservation de l'environnement marin.

L'État côtier est souverain pour établir unilatéralement, dans sa mer territoriale le régime juridique d'utilisation et de conservation des ressources biologiques. Dans le cas où un navire tiers s'y livre à la pêche non autorisée, le passage dans la mer territoriale perd son caractère inoffensif. En effet, selon l'article 21, « e » et « f », qui porte sur la prévention des infractions au droit interne sur la pêche et la préservation du milieu marin, l'État côtier peut gérer le passage inoffensif des navires dans sa mer territoriale. La Convention de Montego Bay permet donc que l'État côtier adopte des règlements nationaux pour préserver l'environnement dans les espaces maritimes sous sa souveraineté, c'est-à-dire les eaux intérieures et la mer territoriale, et lui reconnaît la juridiction dans ce domaine sur sa zone économique exclusive.

L'État côtier peut réaliser l'inspection d'un navire étranger pour verbaliser une infraction à son droit national commise dans les zones maritimes sous sa souveraineté et sous sa juridiction. Dans le cas d'une telle infraction, il peut donner à ces faits prouvés la suite judiciaire pertinente, conformément à son ordre juridique interne. L'État côtier peut même, pour préserver les ressources naturelles de sa zone économique exclusive, instaurer dans des aires marines protégées une réglementation spécifique à propos de la navigation, à condition d'avoir obtenu l'autorisation de l'Organisation maritime internationale.

Selon la systématique propre au régime juridique de la zone économique exclusive, l'État côtier doit fixer à travers une réglementation interne le volume admissible des captures. L'État côtier est le seul

⁵ La Convention de Montego Bay a réaffirmé le rôle fondamental des États, dans les cours d'eau desquels se reproduisent les anadromes ou bien ceux où les catadromes passent la majeure partie de leur vie : ce sont les principaux intéressés par ces stocks et les responsables de leur gestion.

compétent non seulement pour adopter des mesures de protection, mais aussi pour utiliser les ressources biologiques de sa zone économique exclusive. L'objectif de cette fixation du volume admissible de prises est tout simplement d'éviter la surexploitation des stocks poissonniers et de favoriser leur exploitation optimale. Celle-ci, en raison de l'article 61, doit assurer un rendement constant maximum.

Après avoir fixé unilatéralement le volume admissible des captures, l'État côtier vérifie sa capacité d'exploitation des stocks halieutiques de sa zone économique exclusive. Dans les termes de l'article 62, § 2, si la capacité de prise est supérieure au volume admissible des captures, l'État côtier doit limiter l'effort de pêche de ses ressortissants. Dans ce cas, il ne peut pas autoriser la pêche étrangère. Si, éventuellement, l'État côtier vérifie que sa capacité est égale au volume admissible des captures, il s'agit de la réalisation du rendement constant maximum. L'État côtier ne doit permettre ni l'augmentation de l'effort de pêche de ses pêcheurs, ni la pêche étrangère. Mais lorsque la capacité de pêche est inférieure au volume admissible des captures, l'État côtier doit autoriser d'autres États, par voie d'accords ou d'autres arrangements et conformément à sa réglementation interne, à exploiter le reliquat du volume admissible de captures. Dans ce dernier cas, les pêcheurs étrangers sont préalablement autorisés, par la délivrance de licences, à pêcher le reliquat de l'État côtier dans les limites juridiques relatives aux mesures de conservation imposées par ce dernier. Ces licences de pêche font référence au type de pêche, aux prestations obligatoires de développement de la pêche locale, à la détermination des espèces autorisées, aux quotas par espèce ou groupe d'espèces, ainsi qu'à la durée des campagnes, à la fixation des tailles de première capture ou des poids minimum autorisés pour chaque espèce, à la réglementation des zones et de modes de pêche, aux types d'engins et à la façon de les mettre en œuvre, ainsi que à la taille des navires autorisés et parfois même à la limite de la puissance embarquée. (BEURIER, 2014, p. 1.337)

Lorsqu'un stock halieutique se trouve dans les zones économiques exclusives de plusieurs États côtiers, ces derniers doivent, selon l'article 63, s'efforcer, directement ou par l'intermédiaire des organisations sous-régionales ou régionales appropriées, de se mettre d'accord sur les mesures nécessaires pour assurer la conservation de ces stocks. Si c'est le cas d'un stock de poissons se trouvant à la fois dans la zone économique exclusive et dans un secteur adjacent à cette zone, l'État côtier et les États pêcheurs dans ce secteur doivent aussi coopérer pour prendre les mesures de conservation

de ces stocks dans le secteur adjacent.

Pour les poissons grands migrateurs, l'État côtier coopère avec les États pêcheurs de la région pour promouvoir une exploitation optimale des ces espèces dans l'ensemble de la région, aussi bien à l'intérieur de la zone économique exclusive qu'au-delà. C'est la disposition de l'article 64. Dans ce cas, l'État côtier ne fixe pas unilatéralement la réglementation sur la conservation dans l'aire adjacente à sa zone économique exclusive. Ce point a soulevé une controverse importante quant aux intérêts spéciaux des États côtiers.

6 JURIDICTION RAMPANTE

L'objectif fondamental lors de la création de la zone économique exclusive était de trouver l'équilibre substantif entre les droits des États côtiers et les droits d'autres États. Cependant, cet équilibre a été contesté par la tendance des États côtiers à adopter une réglementation nationale augmentant la juridiction des États côtiers ou limitant les libertés reconnues par le régime de la zone économique exclusive. Ce phénomène a été qualifié de *creeping jurisdiction* ou juridiction rampante. (BECKMAN; DAVENPORT, 2012, p. 16)

Durant la 3^e Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, les négociations ont abouti à la constatation de l'existence d'un intérêt des États côtiers sur les stocks de poissons chevauchants en haute mer, auquel est subordonné le principe de liberté. Une très grande partie des poissons capturés en haute mer se trouvent, à un moment donné de leur cycle biologique, dans une zone économique exclusive. L'article 87 de la Convention de Montego Bay établit que la liberté de la pêche hauturière n'est pas absolue : « La liberté de la haute mer s'exerce dans les conditions prévues par les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international. » Ces conditions se réfèrent à la conservation et à la gestion des ressources biologiques de la haute mer, notamment la soumission de la pêche hauturière aux droits des États côtiers. (HARDY, 2002, p. 146)

La conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, qui s'est tenue à Rio de Janeiro en 1992, a reconnu que l'État pêcheur doit donner effet à l'intérêt spécial de l'État côtier sur les stocks de poisson de la zone adjacente, car la pêche en haute mer ne doit pas provoquer de dommage significatif sur les droits souverains de l'État côtier d'utiliser les ressources naturelles de sa zone économique exclusive.

(BEURIER, 2014)

Les normes juridiques internationales n'ayant pas donné lieu à une interprétation satisfaisante susceptible de donner aux États côtiers des moyens efficaces de lutte contre la surpêche des stocks de poissons chevauchants de la haute mer, ces États ont relancé un mouvement de juridiction rampante concernant la haute mer. (HARDY, 2002)

Par des actes unilatéraux⁶, quelques États côtiers revendiquent une zone de réglementation des pêcheries pour les espèces nécessaires à la survie des stocks de leur zone économique exclusive. Cette action unilatérale est, dans une certaine mesure, fondée sur les compétences en matière de conservation des ressources issues de la partie V de la Convention de Montego Bay. Suite à l'échec de la conservation par la coopération prévue dans l'article 63, § 2, les États côtiers ont décidé de la garantir de façon unilatérale. *A priori*, la réglementation interne pour la gestion des ressources hauturières est illicite en raison du principe de la liberté en haute mer. Les États côtiers défendent la possibilité d'établir unilatéralement des règles de conservation relatives aux espèces communes ou associées de leur zone économique exclusive et de la haute mer grâce à leur spécificité tant juridique que scientifique par rapport aux stocks chevauchants. Il s'agit d'une zone de réglementation de la pêche hauturière ou d'une zone de contrôle en haute mer, établies par l'État côtier.

7 PECHE DES STOCKS CHEVAUCHANTS ET GRANDS MIGRATEURS

Pour trouver une solution à l'impasse des compétences pour la conservation des stocks de poissons chevauchants, les Nations Unies ont organisé une conférence sur le régime juridique d'exploitation des stocks chevauchants et grands migrateurs. Les négociations ont abouti à un accord conclu le 4 août 1995, à New York, dans le cadre de la coopération internationale d'application des dispositions spécifiques de la Convention de Montego Bay. L'accord de 1995 représente une tentative de maintenir l'équilibre entre le principe de la liberté en haute mer et la reconnaissance de droits préférentiels des États côtiers, et rappelle, comme condition de cet équilibre, l'obligation de coopération de façon à ne pas dépasser le volume admissible de captures.

⁶ C'est le cas, par exemple, de la loi argentine du 18 août 1991 sur la pêche et la loi chilienne du 6 septembre 1991 modifiant la loi générale sur la pêche.

L'État côtier peut adopter toute mesure nécessaire pour assurer le respect de son droit interne dans ses zones de sous-jurisdiction. Conformément à l'article 7, § 2 de l'Accord de New York, pour adopter des mesures de conservation et de gestion compatibles dans la partie de la haute mer adjacente aux zones économiques exclusives, les États doivent tenir compte des mesures de conservation adoptées par les États côtiers dans leur zone économique exclusive. Les mesures de conservation adoptées par négociation entre l'État côtier et l'État pêcheur hauturier doivent tenir compte de celles prises pour la gestion des ressources de la zone économique adjacente, ce qui revient à faire entériner par les États pêcheurs les règles adoptées unilatéralement. Conformément aux articles 63 et 64 de la Convention de Montego Bay, consacrés aux stocks de poissons chevauchants et grands migrateurs, ces États s'efforcent de s'entendre directement ou par l'intermédiaire d'organisations internationales de pêche. En attendant qu'un accord soit établi sur des mesures de conservation, les États concernés, selon le principe de coopération, font tout leur possible pour convenir d'arrangements internationaux provisoires.

En haute mer, l'État du pavillon doit appliquer les mesures nécessaires à la conservation des ressources pour ses navires de pêche. L'État du pavillon est tenu d'imposer à ses pêcheurs le respect des règles de gestion établies directement par les États ou au sein de l'organisation internationale de pêche compétente. Pour que la pêche hauturière soit licite, les États du pavillon doivent préalablement délivrer des licences de pêche, ce qui fait de ces États les responsables, au niveau international, des agissements de leurs ressortissants. À son tour, l'État côtier peut à tout moment demander à l'État du pavillon de réaliser une enquête s'il pense qu'un navire se livre à la pêche sans autorisation.

Le fait d'être membre d'une organisation internationale de pêche permet à un État de procéder à des contrôles demandés par la commission sur tout navire d'un autre État membre. Dans tout le secteur de la haute mer couvert par une organisation internationale de pêche, tout État partie peut, par l'intermédiaire de ses inspecteurs, arraisonner et inspecter les navires de pêche battant le pavillon étranger d'un autre État membre. Certes, le pouvoir de sanction reste de la compétence de l'État du pavillon, mais l'État côtier dispose de quelques compétences du pouvoir de police qu'il peut exercer sur les navires pêcheurs. (MOMTAZ, 1995)

Selon l'article 17 de l'Accord de New York, un État non membre d'une organisation internationale de pêche, qui ne participe à aucun

arrangement de gestion des pêcheries, et qui refuse par ailleurs d'appliquer les mesures instituées par cette organisation ou cet arrangement, n'est pas libéré de l'obligation de coopérer à la conservation et à la gestion des stocks de poissons chevauchants et grands migrateurs concernés. Cet État ne doit pas autoriser les navires battant son pavillon à se livrer à la pêche des stocks de poissons chevauchants ou grands migrateurs soumis aux mesures de conservation et de gestion instituées par cette organisation ou cet arrangement. Cette disposition tend à écarter les pêcheurs des États non membres.

8 PECHES ILLICITES

Ces dernières années, une recrudescence des pêches illicites des stocks de poissons chevauchants et grands migrateurs dans la haute mer et les zones économiques exclusives a contribué à la surpêche. Ce problème a été mis dans l'agenda des négociations du Comité des pêches de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture qui, en 2002, a développé le Plan d'action international pour lutter contre la pêche illicite. Cet instrument renforce la responsabilité de l'État du pavillon en ce qui concerne la conservation des ressources biologiques de la haute mer, en rappelant l'obligation d'un lien substantiel entre le navire pêcheur et l'État où il est immatriculé. Tout est prévu en faveur d'un contrôle effectif indispensable pour la réalisation des objectifs environnementaux.

Le Plan d'action internationale de 2002 reconnaît l'importance du rôle joué par l'État du port en relation à la fiscalisation des pêches hauturières. Cet État est appelé à exercer des compétences d'enquête par rapport aux pêcheries déjà effectuées et à contribuer donc à la lutte contre la pêche illicite (c'est-à-dire, la pêche pratiquée par des navires dans des espaces maritimes sous juridiction d'un État côtier sans avoir préalablement obtenu son autorisation, ou en cas de violation de ses normes internes). Il en va de même pour la pêche non déclarée, exercée clandestinement ou de façon frauduleuse dans la zone de juridiction nationale d'un État côtier. On peut même identifier ici la pratique de la biopiraterie. (TOLEDO, 2012)

Sont également considérées comme pêche illicite la pêche effectuée par des navires battant pavillon d'un État membre d'une organisation internationale de pêche, mais contrevenant aux mesures de conservation adoptées par cette dernière, et la pêche non déclarée, réalisée clandestinement ou de façon frauduleuse dans une zone de compétence

d'une organisation internationale de pêche.

La pêche non réglementée est la pêche illicite pratiquée dans un espace maritime de compétence d'une organisation internationale de pêche par des navires sans nationalité ou battant le pavillon d'un État non partie d'une organisation internationale de pêche, et celle exercée dans des zones non couvertes par des mesures de conservation.

En 2005, allant dans le même sens que le Plan d'action internationale de 2002, l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture a rédigé un document indiquant les mesures que l'État du port devait prendre afin d'empêcher la pêche illicite des navires pêcheurs qui se trouvaient momentanément dans ses eaux intérieures. En 2009, un accord sur la pêche illicite a été signé à Rome pour renforcer les compétences de contrôle de la pêche hauturière par l'État du port et l'État du pavillon. Pour faire escale, le navire de pêche est obligé de demander l'autorisation de l'État du port en fournissant des données sur ses captures et les techniques de pêche mises en œuvre. Ce nouvel accord élargit le champ de compétence de l'État du port qui devient ainsi le contrôleur de l'application des normes internationales sur la pêche. (BEURIER, 2014)

9 ROLE DE L'ÉTAT DU PORT

Les compétences de contrôle de la pêche par l'État du port n'avaient pas été créées par les instruments normatifs de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture. Bien avant, la Convention de Montego Bay lui avait reconnu des compétences particulières, bien qu'il ne soit pas directement lié à la pollution causée par des rejets. L'État du port est défini comme celui dans le port duquel un navire étranger vient à se trouver volontairement en escale pour n'importe quelle opération commerciale ou technique. Selon l'article 218 de la Convention, si un navire effectue un rejet dans les espaces maritimes sous juridiction nationale ou en haute mer, lorsqu'il se trouve volontairement dans un port ou à une installation terminale au large, l'État du port peut ouvrir une enquête et intenter une action contre lui ayant contrevenu aux règles et normes internationales applicables établies par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente ou d'une conférence diplomatique générale, même s'il n'y a aucun dommage ni aucun risque grave pour la qualité de l'environnement. L'État du port intente une action pour une infraction commise dans l'espace sous juridiction d'un autre État si celui-ci, l'État du

pavillon ou un État qui a subi ou risque de subir des dommages du fait de ces rejets le lui demandent. L'État du port transmet alors à l'État concerné toutes les informations fournies lors de l'enquête, ce qui n'empêche pas que l'action puisse se poursuivre dans l'État du port. Il s'agit de l'extension de compétence la plus exorbitante de la Convention de Montego Bay.

L'exercice des compétences exorbitantes de la part de l'État du port est assortie de diverses garanties, comme « la suspension des poursuites au profit de l'État du pavillon, la limitation de l'exercice du pouvoir de police afin de respecter la sécurité de la navigation, la notification de mesures prises à l'État du pavillon et la demande de la prompte mainlevée de l'immobilisation en cas de paiement d'une caution. » (BEURIER, 2014, p. 1.641)

10 RESSOURCES GENETIQUES MARINES

En partant de l'analyse de la réglementation des pêches, on obtient le concept de ressource génétique marine. Comme on l'a déjà vu, le droit international de la pêche met en relation l'existence des stocks et l'effort de pêche réalisé par l'homme afin de satisfaire ses besoins et ses désirs. Le stock de poissons est un ensemble d'individus toujours pris en compte comme un groupe cohérent par les États et les organisations internationales de pêche. L'effort de pêche désigne, quant à lui, l'ensemble des moyens de prise de ces stocks. La notion de ressource génétique est ainsi comparable à la diversité génétique et, par conséquent, à la biodiversité. Le stock peut être, en partie, déterminé par une unité d'ordre génétique. On peut donc affirmer qu'il n'y a pas de distinction entre ressource biologique et ressource génétique en droit de la mer. (NOIVILLE, 1997, p. 155)

Le progrès de la biotechnologie a permis l'utilisation des ressources génétiques marines pour la fabrication de médicaments, cosmétiques ou d'autres procédés industriels nouveaux, grâce à la découverte de propriétés génétiques prometteuses dans divers écosystèmes des océans. La diversité biologique représentée dans le milieu marin, à partir du développement de la biotechnologie, acquiert par conséquent une importance économique stratégique. Les ressources biologiques ne font plus uniquement l'objet d'un comptage quantitatif mais aussi qualitatif. Les expéditions de prospection des ressources génétiques en mer sont de plus en plus nombreuses. Il s'agit d'une nouvelle forme d'exploitation des éléments intrinsèques des espèces de la faune et de la flore, jusqu'alors inconnus. À la différence de

l'activité de pêche, l'exploitation des ressources génétiques ne cherche pas à s'approprier un grand nombre de spécimens d'une même espèce, mais à découvrir une singularité potentiellement rentable pour la bioindustrie. (TOLEDO, 2012)

Dans les espaces maritimes sous souveraineté et juridiction de l'État côtier, c'est-à-dire les eaux intérieures, la mer territoriale et la zone économique exclusive, la Convention de Montego Bay détermine que cet État est compétent pour gérer l'utilisation et la recherche scientifique marine sur toutes les ressources naturelles. L'accès aux ressources génétiques et les activités de bioprospection ne sont pas libres. Bien au contraire, la licéité de ces activités est conditionnée par la délivrance d'une autorisation préalable de l'État côtier qui doit faire observer son droit interne sur le sujet en question.

Le droit de la mer n'échappe pas à l'obligation des États de gérer leurs ressources biologiques par respect du principe de développement durable. L'autorité nationale de gestion du patrimoine génétique et l'exploitant doivent en outre respecter le régime issu de la convention sur la diversité biologique. Selon l'article 15, § 1 de cette convention, l'État est titulaire du droit souverain sur ses ressources biologiques, et la compétence pour déterminer l'accès aux ressources génétiques relève du gouvernement et est régie par le droit interne. Le consentement de l'État présuppose un accord d'accès où sont prévus l'exploitation durable, la conservation *in situ*, le partage équitable des bénéfices notamment par le transfert de biotechnologie ainsi que la coopération scientifique fondée sur l'échange d'information et la formation des chercheurs.

Le régime juridique des ressources génétiques de la haute mer et des grands fonds marins est complètement différent. Si les ressources biologiques sont situées sur le plateau continental au-delà de 200 milles et jusqu'à sa limite extérieure, l'État côtier a le droit exclusif d'exploration et d'exploitation. L'article 77 de la Convention de Montego Bay prévoit que : « L'État côtier exerce des droits souverains sur le plateau continental aux fins de son exploration et de l'exploitation de ses ressources naturelles. » Si les ressources génétiques sont situées au-delà du plateau continental ou s'il s'agit d'espèces se déplaçant librement dans la colonne d'eau, on doit appliquer le régime des ressources biologiques de la haute mer, sachant qu'elles n'y sont pas en contact physique permanent avec le sol. La haute mer n'est couverte par aucune souveraineté. C'est donc le régime *res nullius*, fondé sur la liberté d'utilisation des ressources génétiques, qui

prévaut en haute mer. (TOLEDO, 2015a)

Les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction internationale – ou simplement *la Zone* – sont des espaces marins internationalisés régis par la partie XI de la Convention de Montego Bay. L'article 133 de cet instrument établit que les ressources de la Zone sont toutes les ressources minérales solides, liquides ou gazeuses. Ces ressources minérales et la Zone elle-même font partie du patrimoine commun de l'humanité ou *res communis*, conformément à l'article 136. Puisque la convention prévoit expressément que le régime de la Zone s'applique uniquement aux ressources minérales, il faut en conclure que les ressources biologiques sont exclues du patrimoine commun de l'humanité. Les ressources génétiques qui sont sur ou dans le sol et sous-sol au-delà de la limite extérieure du plateau continental ne peuvent pas être considérées comme des ressources de la Zone. Dans ces conditions, ces ressources sont libres d'accès parce qu'elles sont gérées selon le régime de la haute mer.

Le 8 décembre 2015, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté par consensus la résolution 70/75 sur la viabilité des pêches qui prend en considération les nécessités des États en développement pour la réalisation de l'objectif 14 du Programme de développement durable à l'horizon 2030. À travers cette résolution, les Nations Unies se sont engagées à adopter un nouvel instrument juridiquement contraignant pour la conservation de la diversité biologique marine au-delà de la juridiction nationale. (ONU, 2015)

11 PROTECTION DES ESPECES MENACEES

L'organisation et l'encadrement de la pêche reposent aussi sur la détermination de la saison de pêche ainsi que sur l'identification des zones ouvertes aux ressortissants de l'État pêcheur. Ces mesures peuvent être complétées par des règles fondées sur d'autres facteurs comme la maturité des individus du stock de poissons en fonction de la taille ou du poids. À cet égard l'utilisation d'une technologie déterminée est régulièrement interdite. (BEER-GABEL; LESTANG, 2003)

La première technologie de pêche est le filet. La pêche des stocks de poissons marins qui sont dans la colonne d'eau à la profondeur la plus proche de la surface est traditionnellement faite par des senneurs océaniques de grande taille qui piègent les ressources lorsqu'elles sont en surface. Dans les années 1980, les États côtiers du Pacifique ont développé la technique

des filets maillants dérivants : le filet est mis verticalement dans la colonne d'eau grâce à une ligne de flotteurs à son sommet et des plombs à la base. Ce filet s'étend jusqu'à 60 kilomètres de long pour une chute de 50 mètres et permet une pêche passive, les poissons étant capturés lorsqu'ils nagent à l'intérieur du filet et que leurs ouïes se prennent dans les mailles. Diverses organisations internationales de pêche comme, par exemple, la Commission interaméricaine du thon tropical, ont porté leur attention sur les dommages significatifs des engins non sélectifs de pêche. Le Forum du Pacifique Sud a manifesté sa préoccupation concernant l'impact de ces *filets tueurs* en adoptant, en 1989, la Convention de Wellington sur l'interdiction de la pêche au filet maillant dérivant de grande dimension.

L'utilisation de cette technique prédatrice de pêche a provoqué des captures accessoires d'oiseaux, de mammifères marins et de tortues en quantité importante. Vingt millions de tonnes de ces prises accessoires sont jetées chaque année par-dessus bord. Cela correspond à environ 25% de toute la production mondiale de pêche. (BEER-GABEL; LESTANG, 2003, p. 87)

Les filets maillants dérivants ne sont pas les seuls à capturer des espèces non visées. La pêche de crevettes tropicales au chalut entraîne une mortalité considérable d'autres animaux. Les captures accessoires rejetées sont très supérieures aux prises de crevettes. La pêcherie palangrière est responsable aussi de la prise d'un grand nombre de tortues. Une évaluation des quantités de capture accidentelle des espèces non visées, tenant compte de l'impact de l'utilisation des chaluts a rangé la technique de la palangre dans la catégorie de mécanisme de pêche prédatrice. (TOLEDO, 2015b, p. 333) Par ailleurs, des méthodes de pêche prédatrice comme la dynamite ou l'empoisonnement continuent d'être pratiquées. Les dommages environnementaux de toutes ces techniques de pêche sont une réalité préoccupante.

Face à la tragédie des prises accessoires, la Commission pour la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique (CCAMLR) a interdit la pêche à la palangre qui était à l'origine de la mort de milliers d'albatros et d'oiseaux marins. Cette situation a alerté les États parties de la Convention de Bonn sur la protection des espèces migratrices, signée en 1979, et de la Convention sur la conservation du thon rouge du sud de 1992. Ces États, fondés sur le Plan d'action adopté en 1999 par l'Organisation de Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture visant à réduire les captures accidentelles d'oiseaux de mer dans les pêcheries à la palangre,

ont signé en 2001 l'accord de Canberra sur la conservation des albatros et des pétrels. À cause de la surmortalité due à la prise accidentelle lors de la pêche à la palangre, les États se sont dotés d'un accord sur le même modèle que ceux sur les tortues. (TOLEDO, 2015b)

En ce qui concerne les tortues, face à la menace d'extinction causée par la pollution, les prises accessoires et la surexploitation, certains États ont réagi en tenant compte de leurs obligations internationales de protection des espèces sauvages comme les tortues, notamment celles de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES) de 1973 et de la Convention de Montego Bay. En 1996, la Convention interaméricaine pour la protection et la conservation des tortues marines a été signée à Caracas entre des États d'Amérique latine, les États-Unis et les Pays-Bas.

Le champ d'application de cette convention sur les tortues marines couvre le territoire terrestre des parties, le territoire maritime, les espaces sous juridiction de l'État côtier et même la haute mer par rapport aux navires battant pavillon des États parties. Ceux-ci doivent adopter dans leur ordre interne les moyens d'appliquer les dispositions conventionnelles et de contrôler leur application. Ces dispositions conventionnelles comprennent en particulier l'interdiction de capture, détention ou mise à mort intentionnelle des tortues marines, leurs parties, produits et œufs, ainsi que leur commerce. Elles déterminent aussi que les États doivent adopter des mesures pour la réduction au minimum des captures accessoires lors de la réalisation des activités de pêche. (BEURIER, 2014)

L'article 65 de la Convention de Montego Bay détermine qu'aucune disposition de la partie sur la zone économique exclusive ne restreint le droit d'un État côtier d'interdire, de limiter ou de réglementer l'exploitation des mammifères marins plus rigoureusement que ne le prévoit cette partie, ni éventuellement la compétence d'une organisation internationale pour ce faire. Les États doivent coopérer en vue d'assurer la protection des mammifères marins par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes pour gérer les cétacés.

La Commission baleinière internationale a été créée en 1946 par la Convention de Washington pour donner à l'industrie baleinière les moyens de se développer davantage. Cependant, la surexploitation de la ressource biologique a entraîné un effondrement des stocks de baleines, ce qui a réorienté la commission vers l'adoption de mesures de protection. Elle peut donc déterminer, par exemple, des résolutions sur la gestion des

stocks particulièrement menacés, la technologie de chasse, la délivrance des permis de capture à des fins scientifiques et la mise en œuvre des moratoires (des interdictions de chasse fixées pour une durée d'un an renouvelable visant des espèces bien spécifiques sans avoir aucune limitation spatiale). La Commission baleinière internationale peut également instituer d'autres interdictions dans des espaces, appelés sanctuaires, qui configurent une zone géographique bien définie où la chasse de toutes les espèces de baleine est interdite.

Comme les baleines, les dauphins sont des mammifères marins qui suivent les stocks de thon et dont la proximité aide les navires de pêche à trouver le poisson, ce qui est connu comme *dolphin fishing*. L'adoption des filets de nylon ainsi que l'utilisation de la technique de la senne coulissante ont produit un accroissement des prises de thon et, par conséquent, des prises accessoires de dauphins. Face à ce grave problème, la Commission interaméricaine du thon tropical a décidé de prendre des mesures de protection des dauphins. Par la suite, en 1992, la commission a adopté à La Jolla un Programme multilatéral afin de réduire la mortalité des dauphins dans le Pacifique oriental.

12 AIRES MARINES PROTEGEES

Dans les espaces terrestres, il y a des aires protégées dont le régime juridique vise la protection de la nature. En mer, il n'existait jusqu'aux années 1960 que les zones maritimes délimitées où les captures étaient totalement ou partiellement interdites toute l'année ou par saisons. Dans les années 1980, la Convention de Montego Bay a prévu, dans l'article 211, § 6, la possibilité que l'État souverain impose des mesures spécifiques de contrôle de la navigation dans des aires fragiles de sa zone économique exclusive afin de prévenir la pollution par les navires, à condition de justifier scientifiquement sa décision et d'obtenir le consentement de l'assemblée de l'Organisation maritime internationale. L'État côtier peut donc prendre toutes les mesures nécessaires à la protection des habitats spécifiques dans ses zones de souveraineté.

La Convention de Montego Bay n'aborde pas spécifiquement la protection des espaces de la haute mer. Selon l'article 87, tous les États sont libres de se livrer à la navigation, à la pêche et à la recherche scientifique en haute mer. Vu que cette liberté n'est pas illimitée, en ce qui concerne les ressources biologiques, les États doivent prendre les mesures nécessaires,

applicables à leurs ressortissants, pour assurer leur conservation en haute mer. Il leur faut pour cela tenir compte non seulement des ressources biologiques en soi, mais aussi des espèces associées, sachant que tous les États sont obligés de conserver les stocks économiquement visés aussi bien que ceux des espèces associées ou dépendantes. Cette convention, à aucun moment, ne fait mention expresse des habitats.

À partir des années 1990, on ne peut plus parler de protection des espèces sans se référer à la conservation du milieu où elles vivent. C'est ainsi que la protection des espaces marins est devenue une des clés de la conservation de la biodiversité. Cette nouvelle approche détermine l'importance écosystémique de la protection des habitats maritimes et terrestres. Le concept d'aire marine est développé comme une zone maritime clairement définie, spécialisée et régie par des moyens juridiques ou d'autres moyens efficaces, visant à garantir la conservation à long terme de la nature, des écosystèmes et des valeurs culturelles qui leur sont associées.

La création d'aires marines protégées prend corps, en 1995, avec l'adoption du Protocole relatif aux aires spécialement protégées et à la diversité biologique en Méditerranée. À partir de cette base normative, on détermine des zones particulièrement importantes de l'océan pour la conservation de la diversité biologique un régime juridique bien strict où est établi. L'interdiction de quelques activités, la limitation des passages, les contrôles de l'application des mesures sont des caractéristiques communes des régimes des zones particulièrement intéressantes pour l'écologie. La création de ces aires de protection devient plus complexe lorsque l'espace géographique à protéger se situe au-delà des limites des juridictions nationales.

Les 18 conventions régionales pour la protection des mers ont été célébrées sous l'égide du Programme des Nations Unies pour l'environnement à partir de 1974 afin d'instituer un régime juridique spécifique dans la mesure où à chaque mer correspond un milieu unique et des enjeux environnementaux particuliers. Les conventions régionales pour la protection des mers et leurs plans d'action sont les principaux instruments juridiques de mise en œuvre des objectifs du Millénaire pour le développement et du Plan d'application du Sommet mondial pour le développement durable qui s'est tenu à Johannesburg, en 2002. (LEFEBVRE, 2010) Ces conventions régionales peuvent donc répondre précisément aux défis d'une zone maritime intéressant certains États.

Chacune des conventions régionales des mers a développé différentes stratégies liées aux aires spécialement protégées dans leurs zones de compétence par l'adoption des mesures de préservation des écosystèmes rares ou délicats ainsi que des habitats des espèces menacées d'extinction.

Bien que les mesures régionales des aires marines protégées ne puissent engager que les États parties, il est difficile pour les autres États de s'opposer à leur réglementation parce qu'elle est non discriminatoire et fixée à partir d'études scientifiques complexes. L'Organisation maritime internationale elle-même, par l'adoption de la résolution A927(22) en 2001, a reconnu la possibilité de création d'un régime spécial de navigation quant aux zones marines particulièrement sensibles, visant à leur protection conformément à l'article 211 de la Convention de Montego Bay. Cette résolution est très importante pour le respect général des aires marines régionales protégées en haute mer. Cependant, en ce qui concerne le respect des mesures en haute mer par un État non partie, il subsiste des contradictions entre la liberté de la haute mer et les arrangements régionaux environnementaux. En fin de compte, les océans sont des milieux fragiles que les États doivent protéger. Il leur faut donc réfléchir sérieusement à une gouvernance de plus en plus globale des océans. (COUTANSAIS, 2015)

CONCLUSION

La mer a une très importante valeur intrinsèque. La faune et la flore marines sont des éléments fondamentaux pour l'équilibre écologique de la planète et pour les nécessités humaines quotidiennes. Il est par conséquent tout aussi important de garantir une gestion durable des ressources biologiques marines afin de répondre aux besoins des générations actuelles et futures, ce qui est la base de la durabilité.

Les recherches scientifiques ont démontré l'existence d'une importante biodiversité dans les grands fonds marins. Ces études ont permis de découvrir des ressources biologiques dans les sources hydrothermales, sous des formes jusqu'alors inconnues qui ne dépendent pas de la photosynthèse. Les richesses biologiques de la mer sont encore loin d'être toutes connues, et il reste beaucoup à découvrir.

La Convention de Montego Bay consacre la partie XII de ses dispositions à la protection et à la préservation du milieu marin. Les États ont le devoir de protéger et de préserver le milieu marin. Ce même instrument établit que les États ont le droit souverain d'exploiter leurs

ressources biologiques selon leur politique en matière d'environnement et conformément à leur obligation de protéger et de préserver le milieu marin. L'exercice de la souveraineté sur les ressources biologiques ne peut pas produire de violation des droits ou des intérêts des autres États. Les États exerçant leurs souverainetés sont donc responsables des dommages significatifs, causés à d'autres États, qui résultent d'incidents ou d'activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle. Pour cela, ils doivent réglementer en interne les activités d'exploration et d'exploitation de ces ressources pratiquées dans leurs espaces de souveraineté et de juridiction.

Considérant le risque d'occurrence des dommages environnementaux significatifs transfrontières, les États doivent coopérer directement ou par l'intermédiaire d'organisations globales, régionales ou sous-régionales pour prévenir, réduire et maîtriser la destruction de l'environnement marin et assurer la réalisation de la responsabilité internationale. La coopération internationale pour la protection environnementale doit prévoir les transferts de technologie en faveur des États en développement de sorte qu'eux aussi puissent agir pleinement dans leurs espaces de juridiction pour résoudre les dilemmes environnementaux concernant les ressources biologiques.

Ces dilemmes consistent fondamentalement à lutter contre l'introduction d'espèces exotiques invasives au détriment du maintien de la chaîne alimentaire, contre la pêche illicite, la biopiraterie maritime, la surpêche en haute mer, la pêche non réglementée des stocks chevauchants et grands migrateurs, la surexploitation des ressources génétiques au-delà de la juridiction nationale, les inconsistances des régimes juridiques des aires marines protégées.

BIBLIOGRAPHIE

BECKMAN, Robert; DAVENPORT, Tara. *The EEZ Regime: Reflections after 30 Years*. LOSI Conference Papers, 2012, "Securing the Ocean for the Next Generation". Papers from the Law of the Sea Institute, UC Berkeley–Korea Institute of Ocean Science and Technology Conference, held in Seoul, Korea, May 2012.

BEER-GABEL, Josette ; LESTANG, Véronique. *Les commissions de pêché et leur droit : La conservation et la gestion des ressources marines vivantes*. Bruxelles : Bruylant, 2003.

- BEURIER, Jean-Pierre. *Droits maritimes*. 3^e éd. Paris: Dalloz, 2014.
- BEURIER, Jean-Pierre. *La protection juridique de la biodiversité marine*. [s.l.]: CRISP, 2008.
- COUTANSAIS, Cyrille P. La mer : un eldorado fragile. *Études*, n. 10, 2015, pp. 7-17.
- DOUAY, Claude. Le droit de la mer et la préservation du milieu marin. In : BARDONNET, Daniel; VIRALLY, Michel. *Le nouveau droit international de la mer*. Paris : Pedone, 1983, pp. 231-267.
- FRÉSARD, Marjolaine. L'analyse économique du contrôle des invasions biologiques : Une Revue de Littérature. *Revue d'économie politique*, vol. 121, n. 4, 2011, pp. 489-525.
- JAQUES, Marcelo Dias. A tutela internacional do meio ambiente : um contexto histórico. *Veredas do Direito*, vol. 11, n. 22, 2014, pp. 299-315.
- KISS, Alexandre-Charles; SICAUT, Jean-Didier. La Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Stockholm, 5/16 juin 1972). *Annuaire français de droit international*, vol. 18, 1972, pp. 603-628.
- LE HARDY, Magali. *Que reste-t-il de la liberté de la pêche en haute mer ?*. Paris : Pedone, 2002.
- LEFEBVRE, Christophe. Protection et préservation du milieu marin : Les apports des Conventions Régionales sur les mers aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 8, octobre 2010, mis en ligne le 20 octobre 2010, consulté le 13 novembre 2016. URL: <http://vertigo.revues.org/10288>; DOI: 10.4000/vertigo.10288
- MOMTAZ, Djamchid. L'accord relatif à la conservation et à la gestion des stocks de poissons chevauchants et de grands migrateurs. *Annuaire français de droit international*, vol. 41, 1995, pp. 676-699.
- NOIVILLE, Christine. *Ressources génétiques et droit : Essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines*. Paris : Pedone, 1997.
- ONU. Assemblée générale: la résolution annuelle sur la viabilité des pêches

offre l'occasion d'insister sur l'objectif 14 du Programme de développement durable à l'horizon 2030. *Couvertures des réunions & communiqués de presse*, le 8 décembre 2015, consulté le 12 novembre 2016. URL: <http://www.un.org/press/fr/2015/ag11736>

REVÉRET, Jean-Pierre; DANCETTE, Raphaëlle. Biodiversité marine et accès aux ressources. Pêche et autres biens et services écologiques sous pression extrême. *Revue Tiers Monde*, n. 202, vol. 2, 2010, pp. 75-92.

TOLEDO, André de Paiva. *Amazônia: soberania ou internacionalização*. Belo Horizonte : Arraes, 2012.

TOLEDO, André de Paiva. A conservação dos pássaros marinhos do Sul: Desafio à gestão da pesca do atum no litoral brasileiro. In: MENEZES, Wagner. *Direito do Mar: Desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Arraes, 2015b.

TOLEDO, André de Paiva Toledo. *Direito Internacional & Recursos Biológicos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015a.

TOLEDO, André de Paiva. *Les grands enjeux contemporains du droit international des espaces maritimes et fluviaux et du droit de l'environnement : de la conservation de la nature à la lutte contre la biopiraterie*. Thèse de doctorat en droit soutenue le 25 octobre 2012 sous la direction de M. Charles Leben, Université Panthéon-Assas Paris II.

Artigo recebido em 16/11/2016.

Artigo aceito em: 22/11/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

TOLEDO, André de Paiva. La protection juridique internationale de la biodiversité marine. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 31-62, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/924>>. Acesso em: dia mês. ano.

THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN THE BRAZILIAN ENVIRONMENTAL LAW

Paulo de Bessa Antunes

Doctor of Laws at the University of the State of Rio de Janeiro (UERJ).
Master of Laws at the Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro (PUC-Rio).
Professor at the Federal University of the State of Rio de Janeiro (UNIRIO).
Attorney-Regional of the Republic.
Email: paulo.bessa.antunes@gmail.com

ABSTRACT

The problem to be addressed in this article is related to the precautionary principle and its incorporation into the Brazilian law. As it is beknown, this principle has been widely cited by Brazilian case law and it is an important part of the legal and environmental scholarly production. However, it follows that its application has been made fairly randomly, and even so there is no clear and operational definition of its content. The hypothesis being examined is that since the Rio Declaration's - in its translation into Portuguese - environmental legislation has termed as legal principle, which internationally is an approach, a precautionary measure, as can be seen in both the texts in English and French of the Rio Declaration and other relevant legal instruments. The methodology to be used is the research of the case law and relevant legal rules, as well as the examination of the scholarly production on the subject. As a result, the conclusion is that there is an overuse of the precautionary principle by the Brazilian courts, especially by the Superior Court of Justice and that, in this case, the Federal Supreme Court has played a moderating role in relation to the application of the precautionary principle.

Keywords: Environmental Law; Legal principles; Precautionary Principle; Environmental policy; Federal Supreme Court; Case Law.

*O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO DIREITO
AMBIENTAL BRASILEIRO*

RESUMO

O problema a ser enfrentado por este artigo é relativo ao princípio da precaução e sua incorporação ao Direito brasileiro. Como se sabe, tal princípio tem sido amplamente citado por decisões judiciais e é parte importante da produção doutrinária jurídico-ambiental. Contudo, tem-se que a sua aplicação tem sido feita de forma bastante aleatório e, inclusive, não há uma definição clara e instrumental de seu conteúdo. A hipótese que se pretende examinar é que, desde a Declaração do Rio – em sua tradução para o Português – a legislação ambiental tem denominado como princípio jurídico, o que internacionalmente é uma abordagem, uma medida de precaução, como se pode constatar pelos textos em Inglês e Francês da Declaração do Rio e de outros instrumentos jurídicos relevantes. A metodologia a ser utilizada é o levantamento de decisões judiciais e normas legais relevantes, bem como o exame da produção doutrinária relativa ao tema. Conclui-se que há um superdimensionamento da utilização do princípio da precaução pelos tribunais brasileiros, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça e que, no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel de moderador em relação à aplicação do princípio da precaução.

Palavras-chave: *Direito Ambiental; Princípios legais; Princípio da precaução; Política ambiental; Supremo Tribunal Federal; Precedentes Judiciais.*

INTRODUCTION

This article aims at demonstrating how the precautionary principle (“PP”) was incorporated into the Brazilian law, initially through documents of international public law and, later on, through its explicit adoption by national laws and, finally, how it has been interpreted by the Judiciary Branch with an emphasis on the Federal Supreme Court (“STF”).

It is interesting to see that, since the Conference of the United Nations on Environment and Development (“Rio 92”), the Brazilian state has adhered to the PP although, surprisingly, the Executive Branch, through its environmental control and risk assessment agencies, has not been able to set directives and guidelines for its application to concrete cases as an environmental policy measure. Due to the lack of guidelines, the PP – in its current application in Brazil – is a diffuse and unclear concept that generates insecurities and uncertainties, which are inconsistent with an instrument that should be able to help decision making by the public power. That has led the Judiciary to develop conceptions on the PP that not always have a relationship with the genesis and the international understanding over the subject. As we are demonstrating in the article, the PP has been excessively called upon by judicial decision, a few times in issues regarding scientific uncertainties and it is on its way to vulgarization.

One of the great difficulties regarding PP derives from the fact that legal principles (general principles of law) reflect a consolidated legal tradition that is called to offer solutions to concrete hypothesis regarding which the existing rules are omissive and that has been used since the ancient Roman jurisprudence (GUSMÃO, 1997). Thus, a “new principle”, poorly defined, prematurely given *constitutional status* – as it is possible to understand from different decisions issued by the STF -, spreads throughout the Brazilian environmental legal order, requiring suitable understanding from its interpreters under the penalty of changing into an instrument of *non- environmental policy*, a general negative for the practice of activities and research at the frontier of knowledge. As it is going to be examined, due to the instrumental characteristic of the PP, the best way to define it is through negative, that is, *setting forth what it is not*. As this paper expects to be able to demonstrate, it is necessary to set forth clear administrative guidelines as how and under what circumstances the PP is to be applied as an instrument of risk management, under the penalty of building a principle that is excessively casuistry, legally built and, thus, unable to

express broader environmental policies. The tendency of the Judiciary to occupy political spaces due to the inactivity of the Executive and the Legislative is also reflected here, having the consequence of transferring to the Judiciary the decisions regarding the implementation of environmental policies, especially in what regards permitting of pollutant activities.

The article starts with a short discussion over the role of the principles in the Brazilian law, calling the attention to the PP and its concrete application. It starts from the assumption that there is a contradiction between principle and innovation, as principles, in general, express consolidated legal traditions and not novelties. On the other hand, as seen later, invoking the PP is based on an increasing social state of mind that is mainly influenced by the so called ecological crisis that almost identifies the current times as the antechamber of apocalypse. It is probably more suitable to resort to *prudence* – an Aristotelian concept – to decide issues that involve risks produced by interventions to the environment that have registered histories made by technologies and methods that are already known and whose past experience indicates options to be chosen.

Then, it is time to go to the examination of the meaning of PP in international law – in which the legal status is not the one of legal principle (mandatory, explicit), but simply the one of “precautionary approach” or “mesures de précaution”. As to be analyzed, a mistaken translation of the Declaration of Rio is attributing a level of positivity to the PP in the Brazilian law that has no equivalence at the international level.

Finally, it was possible to see that the STF has been trying to set forth an operational criterion for the application of the PP, having progressed in its conception that, in the first decision mentioned in the article, it was still strongly influenced by the ecologic *Zeitgeist*. The article is closed with the conclusion that the decisions issued by the STF should serve as a guide to Brazilian courts – including the Superior Court of Justice – that should restrict the application of the PP to the cases that actually involve scientific uncertainty.

1 THE PRINCIPLES IN THE BRAZILIAN LAW: THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE

The law that introduces the standards in the Brazilian Law¹ establishes in article 4 that before the legislative omission, the judge has to

1 Decree-law n. 4.657, dated September 4, 1942.

decide according to “the analogy, the customs and the general principles of law.” The new code of civil procedures², although failing to expressly mention the general principles of law, establishes in article 140 that “the judge is not excused to decide under the statement of gap or obscurity of the legal order”, an evidence that the principles are an integrating part of the legal order. Thus, the general principles of law are the last resource to be used by the enforcer of the law in order to solve a concrete case. It has been recognized that the legal principles have always played an important role in the legal order that is to add coherence, unity and harmony to the system, serving as a *guide to the interpreter*. It is acknowledged that, contemporarily, constitutionalism and the new hermeneutics have recognized their full normativeness, equivalent to the legal standard (PADILHA. 2010, p. 238) as admitted in the legal environmental doctrine.

However, even in the environmental doctrine, there are some who currently identify an hypertrophy of principles in the “environmental field” such as SARLET and FENSTERSEIFER (2014, p. 18), who say that the subject inspires care because, as seen in other “sensitive fields”, there are excessive “fundamentalist profiles”, which causes “a dose of voluntarism that tries to legitimate by means of generic invocation -, and, sometimes, even *pamphleteering* – of the discourse of principles”. What is understood by a pamphletary use of the principles the search for solutions for concrete cases so as to invalidate the economic activity or deny efficiency to administrative acts issued by environmental agencies. One may say that *principism* is the childhood illness of environmental law once it always looks for the most radical position as if it was, for itself, a synonym of more legitimacy and legality or even more efficiency for environmental protection.

PP is not immune to a “generic invocation” and even “pamphletary” that also reflects on legal decisions. On the contrary, a set of circumstances to be examined ahead tends to change the PP into a scarecrow taking care of future generations’ green gardens” (STJ, AgRg no REsp 1356449 / TO) and trying to avoid “catastrophes”, avoiding its rational use as an instrument of environmental policy and risk management. In fact, the Superior Court of Justice, for example, understands that the existence of risk, regardless its dimension, is enough for the application of the PP. In a recent decision, the high Court decided that the defendant should demonstrate that his/her activity would not generate risks for fishermen, not qualifying the amount

2 Law n. 13.105, dated March 16, 2015.

of risk once, as known, there is no zero risk (STJ, AgRg no AREsp 183202 / SP).

The PP has been greeted as an innovative legal principle that was almost unknown by the 1990's, when it got popular with the episode of the “mad cow” (EWALD; GOLLIER; SADELER, 2008) in Europe with application in public health issues. Contemporarily, the PP is invoked in the most different issues that go from climate changes, consumer protection, public health, terrorist attacks and many others. The reach of the principle is so comprehensive that it has even been called “disturbing” (BRONNER; GÉHIN, 2010).

The immeasurable expansion of the precautionary principle³ and its conceptual indetermination are elements that disrupt the legal order, that is, exactly the opposite of what is expected from a legal principle. It is disruptive because its application is randomized and, thus, it is an instrument that cannot be used for decision making when the administrator faces a situation of scientific uncertainty, but to the contrary – as its Brazilian practice demonstrates -, it changed into a mechanism of administrative palsy and an obstacle for the development of scientific knowledge.

An example of that randomness can be easily identified in a decision that favored the application of the *precautionary principle*, granting advance protection to avoid that a “standard having the possibility to be declared unconstitutional” has a validity and may be used as an instrument of authorization for irregular constructions (TJ-DF, AGI: 20150020141034). How can the precautionary principle be used to avoid the validity (?) of a standard “with the possibility to be declared unconstitutional”?

The fear – justifiable or not – has become one of the most influential components of the modern social life, with visible effects of a fact that creates a right (SUNSTEIN, 2005). The amplification by the media of tragedies, crimes, social and economic difficulties has the average citizen think he/she is in a worst world than the “golden days of the past”, an “intolerable world” (DUMONT, 1988). From that, an essentially regressive culture broth is created in constant friction with technological and scientific innovations that, in the specific case of Brazil,

3 The Superior Court of Justice's website registers 1394 entries for the “precautionary principle” according to a search on 26/Aug/2016. Available on: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&data=&livre=principio+da+precau%E7%E3o&opAjuda=SIM&tipo_visualizacao=null&thesaurus=null&p=true&operador=e&processo=&livreMinistro=&relator=&data_inicial=&data_final=&tipo_data=DTDE&livreOrgaoJulgador=&orgao=&ementa=&ref=&siglajud=&numero_leg=&tipo1=&numero_art1=&tipo2=&numero_art2=&tipo3=&numero_art3=¬a=&b=ACOR&b=SUMU&b=DTXT&b=INFJ&todas=todas>.

have generated real perplexities. It is important to remember that the PP is the “last refuge” of the “anti-capitalist fight”. Think, for example, of the case of the necessary infrastructure works – known technologies and, thus, no “scientific uncertainties”. Issues regarding non-compliance with standards – lack of environmental studies – are solved based on the PP, leading to its vulgarization, such as the case of a decision made by the Federal Regional Court of the 1st Region that maintained the suspension of an environmental permit that had been granted for port works in the Amazon once the port was a “visible drain of transgenic soybeans in the Amazon region, thus exposed to irresponsible deforestation and to the disguised alien colonization” (TRF1, AC 1626120004013902). It is worth mentioning that the major issue discussed in the judicial measure was the requirement or not of a preliminary study of environmental impact for the activity, that is, the issue regarded non-compliance with the standards and not some scientific uncertainty and the issue of national sovereignty was not even addressed.

2 PRUDENCE

What is now called precaution used to be called prudence (*phronesis*) by Aristotle and its content is mainly practical, although it is not restricted to that (AUBENQUE, 2008). The Aristotelian ethics, as it is known, is based on the principle of human responsibility and on the free resolution from concrete experiences so that they can serve as a guide for possible future results from this or that behavior to be brought forward. Thus, prudence is a forecast of future results, indicating actions or omissions to avoid them, those future results are “predictable” as the result of similar past actions is known. The ethics of prudence is formed through repetition, socialization and habit. Therefore, there is a contradiction between prudence and innovation (VERGNIÈRES, 2008). The first one is a form of conservation, of security. Thus, precaution is mainly a conservative attitude.

Prudence, as Solange Vergnières says, is only “infallible” when it deals with something that is “rationally forecastable” (VERGNIÈRES, 2008). When there is no predictability, we enter the fields of speculation and randomness. As the author says, the “Aristotelian ethics is not founded on rupture, but on continuity.” (VERGNIÈRES, 2008, p. 135). In the legal field, jurisprudence is the repetition of decisions in a certain sense,

corresponding to the Pretorian understanding of a subject. It is, therefore, the consolidation of past understandings. The resource to the study of jurisprudence allows for the anticipation of “predictable” outcomes of the future legal action. Jurisprudents were the ones that dictated the laws at the light of experience. The change from prudence to precaution does not change its mainly conservative characteristics, even if in “updated” clothes. Prudence imposes a cautious behavior regarding novelties, suspicion regarding innovation. For that reason, it is mainly conservative and it tends to look at the future with the eyes of the past. One of the main difficulties handling scientific uncertainty (border areas of knowledge) is the absence of previous experience that only accumulates by action and repetition. No scientific certainty is acquired through palsy. It is extremely wrong to identify a suitable application of the PP with inaction.

3 THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN INTERNATIONAL LAW

It was in the 1970’s that the German Law established the need for the previous assessment of the consequences over the environment of the different projects and undertakings in progress or to be implemented. The conception was incorporated into the law project for the protection of the quality of the air that was finally approved in 1974 and that established controls for a series of potentially harmful activities such as noises, vibrations and many other related to the quality of the air.

In its original formulation, the principle set forth that *precaution* was to develop processes in all sectors of the economy to significantly reduce negative environmental loads, mainly the ones originated from hazardous substances. Other formulations of the PP were built and, in no time, the *Vorsorgeprinzip* expanded to International Law and to several internal laws, including the Brazilian one.

The Conference of the United Nations on Environment and Development (Rio 92) and other international documents such as, for example, the Protocol of Cartagena and the Convention of Stockholm on Persistent Organic Pollutants included precaution among their concerns.

Prior to the Declaration of Rio, the Charter of Nature, approved by the General Assembly of the United Nations established a set of measures to be adopted in order to avoid irreversible damages to the environment, as defined in paragraph 11⁴. Principle 15 of the Declaration of Rio talks about precautionary measures in the French version (*mesures de précaution*) or precautionary approach in the English version. The official Brazilian translation of that document changed the precautionary measures or the precautionary approach into the precautionary principle.

So as to protect the environment, the *precautionary* principle has to be fully followed by the States, according to their capacities. Whenever there is a threat of serious or irreversible damages, the lack of absolute scientific certainty shall not be used as a reason to delay efficient and economically feasible measures to prevent environmental degradation.

It is important to say that the Declaration of Rio is not a legal document with mandatory power. It is a political statement. Thus, the “principles” set forth by it are not binding from the stand point of International Law. As it is known, legal principles are ideas – power that structure a legal system, regardless the fact that it is written or not, and as such, they are mandatory once they were given positivity, which fails to happen to *measures* or *approaches*.

See below the difference between the official texts in Portuguese, English and French of principle 15 of the Declaration of Rio.

⁴ Activities which might have an impact on nature shall be controlled, and the best available technologies that minimize significant risks to nature or other adverse effects shall be used; in particular: (a) Activities which are likely to cause irreversible damage to nature shall be avoided; (b) Activities which are likely to pose a significant risk to nature shall be preceded by an exhaustive examination; their proponents shall demonstrate that expected benefits outweigh potential damage to nature, and where potential adverse effects are not fully understood, the activities should not proceed; (c) Activities which may disturb nature shall be preceded by assessment of their consequences, and environmental impact studies of development projects shall be conducted sufficiently in advance, and if they are to be undertaken, such activities shall be planned and carried out so as to minimize potential adverse effects; (d) Agriculture, grazing, forestry and fisheries practices shall be adapted to the natural characteristics and constraints of given areas; (e) Areas degraded by human activities shall be rehabilitated for purposes in accord with their natural potential and compatible with the well-being of affected populations.

Declaration of Rio		
Portuguese	English	French
<p>Princípio 15 Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.</p>	<p>Principle 15 In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.</p>	<p>Principe 15 Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.</p>

The same standard for translation was adopted for international conventions, changing *approaches* and *precautionary measures* into *principles*.

Convention on Persistent Organic Pollutants – POPS		
Portuguese	English	French
Artigo 1º Objetivo Tendo presente o Princípio da precaução consagrado no Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o objetivo da presente Convenção é proteger a saúde humana e o meio ambiente dos poluentes orgânicos persistentes	Article 1 Objective Mindful of the precautionary approach as set forth in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development, the objective of this Convention is to protect human health and the environment from persistent organic pollutants.	Article premier Objectif Compte tenu de l’approche de précaution énoncée dans le principe 15 de la Déclaration de Rio sur l’environnement et le développement, l’objectif de la présente Convention est de protéger la santé humaine et l’environnement des polluants organiques persistants.

From the analysis of principle 15 of the Declaration of Rio, one can notice that precaution: (i) is defined by the international order but, on the contrary, has to materialize in the internal order of each State according to their capacities. Thus, its application should consider the set of available resources in each one of the States for environmental protection, thinking of local peculiarities; (ii) the doubt about the harmful nature of a substance should not be interpreted as if there was no risk. However, risks have to be identified based on scientific information, with suitable protocols. The simple doubt – with no consistent base elements – should not be used as a basis for the paralyzation of activities without the necessary justifications. Doubt is an essential element for the progress of science.

All scientific knowledge is subject to doubt; (iii) it does not apply to the threat of any kind of damage, but only the severe and irreversible ones and (iv) it does not define the paralyzation of all and any activity but, on the contrary, it imposes taking care and monitoring measures even for scientific knowledge to advance and doubt is clarified.

It is important to highlight that the so called precautionary principle is not recognized by the International Court of Justice as mandatory for all States once it is abstract (CAMERON, 1994, p. 256). One can also notice that in the internal law, the precautionary principle is gradually being introduced by means of several federal, state and municipal laws that expressly invoke it. At the federal level, the National Biodiversity Policy, the Biosafety Law, the National Policy on Climate Changes and the National Policy on Solid Waste can be listed as examples.

And now, it is important to highlight that the Portal of Biodiversity⁵ fails to present guidelines for the application of the PP and either does the site of the National Technical Commission of Biosafety. In what regards the National Policy of Solid Waste and the National Policy on Climate Changes, guidelines regarding the application of the precautionary measures are also not known. The lack of operational guidelines for the application of the PP changes it from a risk management instrument into a simple risk.

What gets closer from a guideline is an unclear and poor definition of the PP in the site of the Ministry of Environment⁶.

4 PRECAUTIONARY PRINCIPLE AND FUTURE

One of the most precious elements of environmental law and environmental policies is the so called intergenerational ethics, which is present in the *caput* of article 225 of the Federal Constitution. The current economic activities are often identified as causing disturbance to the future

5 Available at: <<https://portaldabiodiversidade.icmbio.gov.br/portal/>>. Access on: May 11, 2016.

6 “The precautionary principle was formulated by the Greek and it means to be careful and aware. Precaution is related to the respectful and functional association between men and nature. These are anticipating actions to protect the health of people and ecosystems. Precaution is one of the principles that guide human activities and it incorporates part of other concepts such as justice, equity, respect, common sense and prevention. In the modern era, the Precautionary Principle was firstly developed and consolidated in Germany in the 70’s and it was known as *Vorsorge Prinzip*. About 20 years later, the Precautionary Principle was set forth in all European countries. Although it was initially the answer to industrial pollution that caused acid rain and dermatitis, among other problems, the principle referred to is being applied in all sectors of the economy that can, somehow, result in adverse effects to human health and to the environment.” – Available at: <<http://www.mma.gov.br/legislacao/item/7512-princ%C3%ADpio-da-precau%C3%A7%C3%A3o>>. Access on: May 14, 2016.

and, due to that, with a chance to harm future generations. It is particularly relevant to remember the point of view of Ingo Wolfgang Sarlet and Tiago Fensterseifer that human dignity is the basis of the present society as well as of the future, signaling duties and responsibilities of fellows concerning the future, notwithstanding the heavy environmental legacy left to current generations by the past ones (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 52):

The concern with the future – save resources today so that they are available tomorrow – is an issue that is subject to several objective variables. The objective is to act in the present with the eyes turned to the future. However, it is necessary to define the future we are talking about: one, two, ten generations? Remember Giannetti (GIANNETTI, 2005, p. 149) when he says that inter temporal choices are a double track lane: one saves to use in the future or brings consumption forward and losses in the future. Present choices define the future as well as the future, to some extent, reflects the choices made in the present.

Saving environmental resources today to use them in the future, that is, partly bequeath them to the future generations, similarly to any kind of savings, implies in the existence of a *surplus* regarding those resources that may be reserved. However, it is important to notice that certain countries and communities simply lack resources to be saved for future use because they need them in the present. In Kenya, for example, wood and vegetal coal represent the most important source of energy for the population, also serving for the creation of formal and informal jobs, generating a high level of deforestation (UNEP NEWS CENTRE, 2012). Thus, it is an owing position. Notice deforestation, in the case referred to, is based on extreme poverty and not on wealth. It seems reasonable that the improvement of the levels of income and standards of living of extremely poor populations is one of the relevant issues to quit the owing position and start accumulating resources for the days to come.

How much to save for the future also depends on the conception of the future itself based on objective data or based on more or less optimistic assumptions. The fair point regarding the concern about tomorrow is not easy to get to once it depends on the present situation. Too much concern can, in thesis, be as harmful as negligence since “the fear of abandonment and an excessive concern about tomorrow and after tomorrow may suffocate life and empty it from meaning” (GIANNETTI, 2005, p 182).

The population’s ageing process has generated an externality that is seldom noticed, which is a greater concern with the future and the

increase of the fear regarding what is yet to come. That is a natural tendency of conservatism that increases with age due to economic imbalances, environmental imbalances, conservatism that, from the social point of view, tends to increase in more steady societies that enjoy better economic resources.

As already seen above, prudence starts from experience and, hence, the assessment of a risk comes from the exam of similar situations that happened before. However, when it comes to new technology, there is no background of precedents that are able to indicate possible future results. How to deal with that issue? One can certainly not start from the assumption that human interventions over the environment are essentially negative, reason why they have to be avoided at any price. Predicting the future is not an easy task and it not always produces good results. Celebrating the 46th anniversary of the Earth Day, Hannah Waters (WATERS, 2016) informs that many scientists forecasted a dark future, with a lot of pollution and destruction, mass extinction, the depletion of and other mineral reserves. That would be the scenario in the year of 2000 and that, fortunately, has not taken place.

In what regards unrealized forecasts, it is possible to notice that they expanded and, in the Brazilian case, they have been serving as a base for legal decisions. In fact, the Superior Court of Justice has been deciding cases using as an argument “abuses” towards nature together with the “greed of the consumerist society” that brought “close the remote threat” of natural resource depletion, even falling back on James Lovelock, “the formulator of the Gaia hypothesis” and Mikhail Gorbatchev, who “stated that the society would have thirty years to change its consumption habits” under the penalty that the Earth kept existing with no human presence (STJ, AgRg no AResp 476067/SP). The Court was moved with no criticism by incorrect data that it could easily have checked.

As Hannah Waters remembers (WATERS, 2016): “The truth is more complicated”. The exact measure of the decision to be taken in what regards possible future damages is a complex subject that cannot be solved by using the force.

4.1 Negative definition

According to Karl Popper, “we live in a time when, again, irrationalism became fashionable” (POPPER, 2008, p. 13). One of

the points in which the irrationalist “fashion” outstands the most is the environmental issue and, in it, the application of the PP. The level of indetermination and controversy regarding an operational definition of the PP is such that, interestingly, it is simpler to define it negatively, that is, *what cannot be understood* as PP. That, for example, was the criterion adopted by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) that carried out a detailed study on the subject in which it warns that, in order to avoid confusion on the subject of the PP, it is convenient to think about what the PP is *not*. When presenting some negative cases of the PP, it starts by saying that it is not based on “zero risk”. However, it aims at reaching the lowest levels of acceptable risks possible. The PP is also not a demonstration of emotion or anxiety but, on the contrary, a rule for “rational decision” based on ethics and that tries to use the best scientific practices and complex processes for a “wiser” decision making. Though, once it is not an algorithm, it is not able to guarantee coherence and consistency among all the cases. Similarly to judicial litigations, each case has its own solution according to the facts and circumstances and the decision maker him/herself, and it is not possible to discard the “judgment element” (UNESCO, 2005), that is, some kind of discretion.

Thus, precaution cannot be a general, open and indefinite clause. First of all, it is a methodology to be used to manage risks inherent to activities using environmental resources, trying to reduce them to standards that are socially acceptable. Though, it seems quite clear that it is necessary to previously define what is to be prevented and what is the risk to be avoided. Nevertheless, that can only be done in face of the analysis of the different alternatives which appear for the implementation or not of a certain project or activity. Part of the legal doctrine, as is the example of Rodrigues (RODRIGUES, 2002, p. 150), attributes to the PP the function of avoiding the *minimum* risks, as if it was possible or rational to have activities with a zero risk. That is why it is essential to have guidelines to be applied to concrete cases. However, there is strong resistance from the specialized doctrine that tends to consider “minimum risks” the ones to be avoided, that is, exactly the opposite of what an appropriate application of the PP would recommend.

It is worth registering the fact that, leaving aside merely theoretical risks and carrying out the analysis of the risk concretely considered, the visions and conceptions of risk not always match once they are subordinated to the harm to be avoided. It is the case of the DDT

pesticide and fighting malaria: researches demonstrated that malaria had reappeared in the locations in the Amazon that had abandoned the use of DDT as part of the strategy to face the vectors. However, the same failed to happen, for example, in Venezuela and Ecuador, countries that did not interrupt the use of DDT. There is relevant controversy on the effects of DDT on the human health once the technical standards are followed, especially for application. On the other hand, in many poor countries, the use of organichlorides is still the most economic and efficient way to fight the vectors and there is no substitute that is simultaneously efficient and at a reasonable price (DÀMATO; TORRES; P.M.; MALM, 2002).

The World Health Organization itself admits the use DDT as a valid instrument to fight vectors. In accord with the position adopted by the World Health Organization, decision SC 6/1 is worth registering: DDT adopted by the Conference of the Parties of the Convention of Stockholm (WHO, 2013) that recognized in its sixth meeting the “continued need” for DDT to control vectors while there are no economically and environmentally feasible alternatives to replace the product. Consequently, it is useless to talk about precaution without defining the risks to be avoided.

5 THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN THE FEDERAL SUPREME COURT

In face of the absence of administrative guidelines for the application of the PP, the Judiciary Branch has occupied the political spaces related to the subject and it has established a judicial concept of the PP, which is not always able to serve as a guide for broader environmental policies since the Judiciary decides on a case law basis without the group view that is suitable for the application of public policies. Thus, the Administration that, in theory, should play the main role in that subject, is relegated to the background in a subordinate role. The summit of the Brazilian Judiciary, the Federal Supreme Court, has been deciding several cases based on the PP and, as a rule, its decisions are more according to more accurate conceptions on the real meaning of the PP than the ones issued by lower courts, including the Superior Court of Justice. Some relevant decisions were chosen to demonstrate the thesis: (i) Direct Unconstitutionality Lawsuit - ADI 3.510/DF in which the biosafety law

was questioned; (ii) Claim of Non Compliance with Fundamental Precept 101/DF in which the debate was on the restriction to import used tires and (iii) Direct Unconstitutionality Lawsuit 5447/DF.

5.1 Direct Unconstitutionality Lawsuit 3.510/DF

The first measure of abstract control of constitutionality that dealt with the PP was the ADI proposed by the Attorney General contesting the constitutionality of the use of stem cells in scientific research authorized by Law n. 11.105, dated March 24, 2005. The PP was deeply discussed in the ADI, especially in what regards its application in terms of public health. The vote of the Rapporteur, Minister Ayres Britto, assumes that the PP is a widely present principle when dealing with the “preservation of life at a broader scale”. Minister Ayres de Brito understands that the PP is not explicit in the Brazilian Constitution, although it is sheltered by articles 196 and 225 of the Fundamental Law of the Republic. According to the vote, the precautionary principle was made clear, in a “pioneer” way, in the Conference Rio 92 and expanded in Wingspread, in a famous meeting promoted by the Johnson Foundation in 1998, which counted on the “participation of scientists, legal experts, legislators and environmentalists”. The final declaration uttered in Wingspread states that, when an activity threatens the environment or human health, prevention measures have to be taken even when it is not possible to scientifically set forth a cause and effect relationship. Notice that the Court has not used the concept of scientific uncertainty, but it simply disregarded the existence of any scientifically verifiable relation.

The analysis of the decision demonstrates that the PP was created regardless the existence of scientific certainties or uncertainties and it is integrated by: (i) precaution regarding any scientific knowledge, (ii) exploration of alternatives for potentially harmful actions, including the non-realization of the action, (iii) inversion of the burden of proof for the entrepreneur and taking it from the current or potential victims, (iv) use of the democratic process of decision with a highlight on the subjective right to informed consent.

Surprisingly, the PP, which is evidently anticipating, is treated as an instrument to be used for damage reconstitution. However, at that point, it is important to go beyond the “old perspective and reconstitution of possible losses” once the PP would also shelter measures that would be

able to legislate, forbid and punish certain behaviors according to the vote of the reporting judge.

The Rapporteur understood that it is not a matter of requiring total abstention from actions that may involve risks once that would cause the “palsy of scientific and technological development”. It is necessary, according to the decision, to set forth mechanisms that are able to insure participation in decision making processes so that risks are socially accepted. Thus, the decision is widely contradictory and it ends up by reducing the PP to a simple instrument of popular participation in decision making that is in a *sui generis* position in what regards the subject.

Furthermore, the vote of Minister Ayres de Britto expressly recognizes the influence of a document created in a meeting held by a Non-Governmental Organization (Johnson Foundation), which issued a Declaration on the Precautionary Principle from the assumption that (i) legal environment protection standards in force fail to protect the environment and human health in an appropriate way, (ii) in face of the gravity of the threat against the environment and human health, new principles are necessary, (iii) better attention shall be given even if one recognizes that the human activity may imply risk (JOHNSON FOUNDATION, 1998).

It is important to highlight that the vote of Minister Ayres de Britto attributes normative power to the meeting held at Johnson Foundation that issued a Declaration entered into by a very small number of people (31 people to be more precise) who signed it individually and, as a consequence, there is no possibility to expand principles established in International Declarations entered into by over 100 Heads of State, as was the case of the Declaration of Rio that, as already seen in its original French and English versions, not even considered precaution as a principle. It is important to notice that the parameters adopted by the vote of the Minister were the same parameters in the Declaration of Wingspread – compare the texts. As seen, what was decided at the ADI is very close to the decisions in the lower courts presented, as well as the decisions issued by the Superior Court of Justice regarding the PP. It is not necessary to stress the strong influence of visions coming from non-governmental organizations and little thought over the PP as an instrument of risk management.

5.2 Claim of Non Compliance with Fundamental Precept n. 101/DF

In this case, the subject regarded the prohibition to import used tires to be reused in Brazil. The Claim of Non Compliance with Fundamental Precept (ADPF) was brought by the President of the Republic based on articles 102, § 1 and 103 of the Constitution of the Republic and on article 2, item I of Law n. 9.882/1999. At that time, there was a large number of conflicting judicial decisions on the subject and, according to the plaintiff, they violated article 225 of the Constitution of the Republic. In fact, the judicial decisions mentioned in the ADPF contradicted Decrees issued by the Department of Operations of Foreign Trade – Decex and by Secretary of Foreign Trade – Secex, Resolutions of the National Council of Environment – Conama and Federal Decrees that expressly prohibited importing used consumption goods, special reference to used tires, object of this Claim. The decision issued by the Federal Supreme Court considered (i) the existence of a litigation with the European Union at the level of the World Trade Organization, (ii) the increase of the world fleet of vehicles together with the increase of new tires and the need of replacement due to the use, (iii) the need for ecologically suitable destination, (iv) the impossibility to totally eliminate the harmful effects of the destination of used tires, with damages to the environment. The court also invoked the constitutional principles (i) of sustainable development, and (ii) of the equity and intergenerational responsibility. It also remembered compliance with the precautionary principle– “constitutionally accepted” – that should be harmonized with the other principles related to the social and economic order.

The Federal Supreme Court made use of the right to health by saying that de deposit of tires outdoors, “inexorable with the lack of use of useless tires”, receiving incentive from the import, is a vector for the spread of diseases. The state action – prohibition to import – would, thus, be legitimated by its reasonableness and it is a “preventive, prudent and cautious” measure substantiated in a public policy that is able to fight the causes of the increase of severe and/or contagious diseases.

As we can conclude, the Federal Supreme Court did not base its arguments on the existence of the PP, which is the scientific uncertainty. When the PP was mentioned in the decision, as one can see in the vote of Minister Carmem Lúcia, one cannot notice a relationship between the concrete case and the scientific uncertainty. However, it is clear that the

STF considered that the Declaration of Rio aims at, in what regards the PP, “privileging acts of damage risk anticipation prior to acts of repairing” under the argument that, on the environmental subject, “the repair is not always possible or feasible”. “It is important to say that, in the concrete case, the STF established a fundamental guideline so that the concept of scientific uncertainty is limited: it has to be built on ‘reasonable arguments’”.

Thus, the mere opinion of disagreement, the point of view to the contrary is not a legally relevant scientific uncertainty. Scientific uncertainty has to be understood as the existing doubts regarding knowledge in “the state of the art” of the issue and duly recognized by a significant portion of the scientific community.

In the understanding of the Supreme Court, as decided in ADPF n. 101/DF, the PP is directly linked to (i) the need to move danger away and create safe procedures for the guarantee of future generations and “it is not necessary to prove the current and imminent risk of damages that may take place through an activity so that the adoption of precaution measures is imposed”. Finally, the Court declared that “an economic crisis cannot be solved through the creation of another crisis which harms the health of people and the environment”, that is, a pondering element was established to put health and human life in a prominent position.

Unfortunately, the STF failed to set a guideline for the acceptable risk to be measured and separated from the unacceptable one. Emphasis is given to the issue, once the so called zero risk is not compatible with the PP.

5.3 Direct Unconstitutionality Lawsuit 5447/DF

ADI nº 5.447/DF, still pending judgment and in which there is only the preliminary injunction granted by Minister Roberto Barroso, is the one that better treated the important issue of the scientific uncertainty and starting from what had previously been set by ADI 3510/DF. The object of the ADI is the declaration of unconstitutionality of Legislative Decree n. 293/2015, which suspended the effects of Interministerial Ordinance n. 192/2015 under the justification that the Executive Branch exceeds its regulatory power.

The ADI stated that art. 3, IV of Law 11.959/2009 sets forth the competence of the Executive to define, on a case law, the prevent periods according to the level of vulnerability of the species and the exploration

of fishing. Thus, based on that competence and with an eye on the “need for review”, Interministerial Ordinance n. 192/2015 suspended the prevent period. According to the report issued by Minister Barroso, the Government claimed that such suspension would be justified once (i) available information on some species is precarious and it is not enough evidence of the current need for protection, (ii) the maintenance of the prevent periods suspended by the ordinance would require the payment of the “prevent insurance”, which is estimated at about R\$ 1,615,119,288.09 (one billion, six hundred and fifteen million, one hundred and nineteen Thousand, two hundred and eighty-eight reais and nine cents) plus operational cost of R\$ 3,000,000.00 (three million) for the a implementation of the benefit by the National Institute of Social Security - INSS, due to the need of displacing employees to remote locations, (iii) there is evidence of fraud regarding the payment of the prevent insurance due to the disproportionate increase of the number of beneficiaries, (iv) the legislative decree under discussion, under the pretext of suspending an act of the Executive, which would have exceeded its regulatory power, violated the constitutional principle of the separation of powers once the Executive has the exclusive power, granted by a legal provision, to judge the opportunity and convenience in what regards the definition of the prevent period and, consequently, its suspension.

The Federal Supreme Court understood, in that case, that the PP was disregarded, which entailed risks to a balanced environment, the Brazilian fauna, to the population’s food safety and to the preservation of vulnerable groups dedicated to artisanal fishing. The reason given for the issue of the Interministerial Ordinance was the existence of a huge fraud connected to the payment of the prevent insurance, which forced the suspension of the measure to protect the fauna due to the economic losses imposed to the Public Treasury. According to the Court, the Executive failed to base the Interministerial Ordinance on “minimum objective evidence that indicate the vraisemblance of fraud in a proportion that justifies extreme measures.” Thus, it is clear that, in line with what had been decided by ADI 3540/DF, it is necessary to submit “reasonable” scientific arguments and not only simple inconsistent claims, a scientific uncertainty.

The preliminary injunction was granted due to the “violation of the constitutional principle of precaution, based on the following reasons: (i) the initial petition failed to point out objective data – technical-

environmental – that would not demonstrate the need to maintain the prevent periods that had been suspended, merely saying that the level of knowledge about fishing resources is “irrelevant for most species in Brazil”, (ii) that the suspension of the prevent was important for the review of applicable standards, (iii) lack of enough evidence that suspended prevent periods were necessary for the preservation of species involved. The arguments of the government is, at all lights, the application of the PP à l’envers.

Minister Barroso refuted the arguments of the Government, emphasizing that “the suspension of prevent periods was based on mere suspicion or possibility that, in some of those cases, the interruption of fishing would not be necessary anymore. “That is, in doubt, before the scientific uncertainty, the protection measure was suspended regardless any concrete confirmation regarding “its effective dismissal or regarding the consequences on the volume of fishes in the different locations and on the population’s food safety.”

Thus, the only legally possible conclusion was that in face of the inconsistency of information concerning the need or not for the period of prevent, the public authority should keep it while carrying out the necessary studies to review the subject, if necessary.

FINAL CONSIDERATIONS

Before all the exposition in the present article, it was possible to notice the lack of express legal or administrative guidelines that rule the application of the precautionary principle as an instrument to manage risks related to scientific uncertainty in Brazil. That situation randomizes the application of the PP and even makes it “pamphleteering” once there is a hypertrophy in the use of the principles in the Brazilian Law due to a very unsafe and unpredictable regulatory environment.

The Public Administration allowed, through omission, the Judiciary to take care of a typically administrative function that is the definition of public policies, which, in that case, is risk management. Courts of justice have acted in a completely random way in regards to the application of the PP and not in line with the international interpretation trend concerning the PP. That kind of interpretation finds support on doctrinarian production that could be called principist, which tends to trivialize the concept of precaution, confusing it with the one of inaction.

The STF is building an evolutionary interpretation of the PP that, starting from a concept that is not very different from the ones that were criticized herein, progressed to establish an operational concept of scientific uncertainty – fundamental for the application of the PP. A tendency to use prudence based on previous experiences and not getting impressed by mere claims of possible risks, differently from what happens in other Courts of Justice, was noticeable in the jurisprudence of the STF. That was also seen in the other decisions examined in this article. Thus, the STF has been playing an important moderating role in the application of the Precautionary Principle, emptying “pamphleteering” applications that have many times characterized its application by the Judiciary, result of an activism with no consistent scientific basis.

Finally, it is essential that the decisions issued by the majority of the STF based on rationality and pondering are followed by the other national courts since they are taken at a level where deliberations have *erga omnes* effectiveness.

REFERENCES

AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles* (Tradução de Marisa Lopes). 2ª ed. São Paulo: Discurso Editorial/Paulus, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AResp 476067/SP*. 2ª Turma, Minister Humberto Martins. Dje 28/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 183202 / SP*. *AgRg no AREsp 133241 SP*. 2011/0295940-0, DJE :07/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101/DF*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF*.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5447/DF*.

BRASIL. Tribunal Federal Regional da 1ª Região. *AC 1626120004013902*. DJU: 18/10/2007.

BRONNER, Gérald e GÉHIN, Étienne. *L'inquiétant principe de précaution*. Paris: PUF, 2010.

CAMERON, James. The Status of the Precautionary Principle in International Law, In: *Interpreting the Precautionary Principle*, London: Earthscan, 1994.

D'AMATO, Claudio; TORRES, P. M., João; MALM, Olaf. DDT (dicloro difenil tricloroetano): toxicidade e contaminação ambiental - uma revisão. *Quím. Nova [online]*, vol. 25, n. 6, p. 995-1002, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422002000600017&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 19 mai. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *AGI: 20150020141034*. Relator: Sandoval Oliveira, Publicado no DJe: 12/08/2015.

DUMONT, René. *Un monde intolérable: le libéralisme en question*. Paris: Éditions du Seuil, Coll. L'histoire immédiate, 1988.

EWALD, François; GOLLIER, Christian; SADELER, Nicolas de. *Le Principe de Précaution*. 2ª ed. Paris: PUF, 2008.

GIANNETTI, Eduardo. *O valor do Amanhã (ensaio sobre a natureza dos juro)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JOHNSON FOUNDATION. *Declaração de Wingspread*. 1998. Disponível em: <<http://www.fgaia.org.br/texts/t-precau.html>>. Acesso em: 11 mai. 2016.

PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

POPPER, Karl R. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de Direito Ambiental*. Vol. I (parte geral). São Paulo: Max Limonad, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER. *Direito Constitucional*

Ambiental (Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente). 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do Direito Ambiental*, São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. *Laws of Fear – Beyond the Precautionary Principle*. Chicago: Chicago University Press, 2005.

UNEP NEWS CENTRE. *Deforestation Costing Kenyan Economy Millions of Dollars Each Year and Increasing Water Shortage Risk*, 2012. Disponível em: <<http://www.unep.org/newscentre/Default.aspx?DocumentID=2698&ArticleID=9316&l=en>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

UNESCO. *The Precautionary Principle*, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578e.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2016.

UNITED NATIONS. *Convenção de Estocolmo*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_seguranca/_publicacao/143_publicacao16092009113044.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2016.

UNITED NATIONS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/conv/sdecl_rio92.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2016.

UNITED NATIONS. *Déclaration de Rio sur L'environnement and Développement*. Disponível em : <<http://www.unep.org/Documents.multilingual/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163&l=fr>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

UNITED NATIONS. *POPS*. Disponível em: <http://chm.pops.int/Portals/0/Repository/convention_text/UNEP-POPS-COP-CONVTEXT-FULL.English.PDF>. Acesso em: 25 mar. 2016.

UNITED NATIONS. *Rio Declaration on Environment and Development*. Disponível em: <<http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=78&articleid=1163>>. Acesso em 25 mar. 2016.

VERGNIÈRES, Solange. *Ética e Política em Aristóteles (physis, ethos, nomos.)* Tradução de Constança Marcondes César. 3ª ed. São Paulo: Paulus, 2008.

WATERS, Hannah. *Why Didn't the First Earth Day's Predictions Come True? It's Complicated*. Disponível em: <<http://www.smithsonianmag.com/science-nature/why-didnt-first-earth-days-predictions-come-true-its-complicated-180958820/?no-ist>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION -WHO. *Decision adopted by the Conference of the Parties to the Stockholm Convention at its sixth meeting*. Disponível em: <http://www.who.int/malaria/publications/atoz/stockolm_convention_decision_COP6_on_DDT_june13.pdf?ua=1>. Acesso em: 28 mar. 2016.

Article received on: 01/Aug/2016.

Article accepted on: 16/Nov/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

ANTUES, Paulo de Bessa. Precautionary Principle on Brazilian Environmental Law. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 63-88, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/877>>. Acesso em: dia mês. ano.

DISPLACED BY DEVELOPMENT: ANALYSIS ON THE IMPLICATIONS OF THE PRINCIPLE OF PERMANENT SOVEREIGNTY OVER NATURAL RESOURCES

Cristiane Derani

Post Doctor's Degree at École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris.
Doctorate studies (CNPq scholarship) at J. W. Goethe Universitaet, Frankfurt.
Doctor of Laws at the University of São Paulo.
Professor at the Federal University of the State of Santa Catarina (DIR/UFSC).
Email: cristiane.derani@ufsc.com.br

Ligia Ribeiro Vieira

Doctoral student in Law at the Federal University of Santa Catarina.
Master of Laws at the Federal University of Santa Catarina.
Email: ligiaribeirov@gmail.com

ABSTRACT

The forced displacement of people, so frequent nowadays, can be analyzed from different aspects, from its motivation to the responsibility that it generates. Changes to the environment through large development projects promote the emergence of what is understood as the “displaced by development”, a social cost that is undervalued comparing to the benefits of the economic gains. In order to analyze the reasons for that displacement, this paper aims at studying the principle of permanent sovereignty over natural resources as an important principle of International Law and it also aims at combining it to the evolution of the Right to Development, from an economic perspective to a humanistic rationality. Highlighting these principles brings up the discussion of the legal status of those who become vulnerable in face of the development process: the displaced ones. The paper concludes that making their rights a core element can help putting into practice the ethical precepts of the development process for it to be seen as an opportunity for the expansion of human freedom.

Keywords: Displaced persons; Permanent Sovereignty over Natural Resources; Development; Sustainable development; Responsibility.

DESLOCADOS DO DESENVOLVIMENTO: ANÁLISE SOBRE AS IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE OS RECURSOS NATURAIS

RESUMO

O deslocamento forçado de pessoas, tão frequente na atualidade, pode ser analisado por diferentes vertentes, desde sua motivação à responsabilidade que dele decorre. Alterações no meio ambiente por meio de grandes projetos desenvolvimentistas promovem o aparecimento do que se compreende por “deslocados do desenvolvimento”, um custo social pouco valorizado diante dos benefícios advindos do ganho econômico. Com o intuito de analisar as justificativas desse deslocamento, o trabalho pretende o estudo do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais como um importante princípio do Direito Internacional, bem como visa conjugá-lo à evolução do Direito ao Desenvolvimento, de uma faceta economicista para uma racionalidade humanista. Evidenciar estes princípios remete a necessidade de discutir a situação legal daqueles que se tornam vulneráveis frente ao processo de desenvolvimento: os deslocados. Conclui-se que colocar os seus direitos como centrais faz com que os preceitos éticos do desenvolvimento consigam ser postos em prática e que a perspectiva do processo seja vista como uma oportunidade para a expansão de liberdades humanas.

Palavras-chave: *Deslocados; Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais; Desenvolvimento; Desenvolvimento Sustentável; Responsabilidade.*

INTRODUCTION

The forced displacement of people takes place due to several motivations. Factors that are considered “traditional” are the ones in international conventions that form the basis of the International Refugee Law: race, religion, nationality, social group or political opinions. However, the study of forced migrations has opened to thoughts on “new categories” of displaced people, the ones who are not yet legally recognized by the international community, but who equally need some protection.

Changes to the environment through development projects bring along some beneficial effects and some costs, among which the forced human displacement becomes a social cost. “People displaced by the development” would be the ones belonging to the category of people who experience the consequences of a process that had its genesis in the 1950’s and that lasts until the globalized present.

The analysis of displacement induced by the development passes by theoretical and ethical assumptions that try to come up with the justification for its occurrence. The process of development finds its bases on principles that were devoted by the International Law in the context of a post-colonial world: the principle of permanent sovereignty over natural resources and the principle of the self-determination of people.

The study of those principles carries with it the challenge of conjugating them right to development and the costs that development entails for the interests of the present and the future generations to be preserved. Thus, the study aims at understanding the legal situation of those who represent the social cost of that process, the displaced people.

1 THE PRINCIPLE OF PERMANENT SOVEREIGNTY OVER NATURAL RESOURCES AS A PRINCIPLE OF INTERNATIONAL LAW

The international sovereignty over natural resources reflects, in general terms, the right that was granted to States and people to freely dispose of their natural resources. Such disposal ends up by reflecting on the appropriation of those resources in order to economically explore them.¹

¹ Along the years, the debate on sovereignty over the resources has gotten wider and deeper. It enlarged and also enlarged the reach of its application to natural wealth and to marine resources. It deepened, considering the increase of the number of rights related to the resources, including the ones that regard foreign investment. SCHRJVER, 2013.

The author Nico Schrijver considers that International Law principle is one of the most controversial ones in the present since its evolution after the Second World War. In that period referred to, the decolonization process was in evidence and, with it, the newly independent States tried to develop new principles and rules of International Law in order to assert themselves within the logic of the international relations and to promote their social and economic development (SCHRJVER, 1997, p. 01). Schrijver (1997, p. 08) points at the evolution of that principle:

The circle of subjects entitled to dispose of natural resources changed considerably over the years. Initially, during the 1950s, the right to permanent sovereignty was alternatively vested in “peoples and nations” and “underdeveloped countries” due to the fact that permanent sovereignty had taken roots in both the promotion of the economic development of “underdeveloped” countries and the self-determination of peoples. As the decolonization process progressed, the emphasis on ‘peoples’ and the connection with ‘self-determination’ diminished and gradually shifted to ‘developing countries’, while during the 1970s ‘all States’ became the primary subjects of the right to permanent sovereignty.

Thus, the principle of the permanent domain over natural resources was introduced into the UN’s debates to support the desire of the colonial people and the countries under development to obtain the right to enjoy the benefits of resource exploration (SCHRJVER, 1997, p. 01). That precept would work as a legal shield against the violation of the economic sovereignty of those States coming from property or contract rights, constantly claimed by exploring countries and foreign companies.

Attached to the economic component, an argument that was strongly present in the preparation of the principle was the right to the self-determination of people². Since the post-colonial period, the newly independent States found in the principle of self-determination a reason for its sovereignty to be respected and for their rights not to be outrageously violated by subjugation to another State. The self-determination of the

² Self-determination means that people have the right to decide their own fate in the international order. Self-determination is a fundamental principle in international law, a consequence of consuetudinary international law, but also recognized as a general principle of law and consecrated in several international treaties. For example, self-determination is protected by the Charter of the United Nations and by the International Covenant on Civil and Political Rights as a right of “all people”. The scope and the objective of the principle of self-determination progressed significantly in the 20th century. In the beginning of 1900, international support grew to fight for the right of all people to self-determination. That led to successful separatist movements during and after the First and the Second World War and launched the bases for decolonization in the 1960’s. LEGAL INFORMATION INSTITUTE.

people starts to be considered by the UN, in resolution n. 1514 dated 1960, a fundamental human right and disrespecting it represents an obstacle to the promotion of cooperation and world peace. (UN, 2015)

Under those influences, the bases of the principle of permanent sovereignty over natural resources started to be created. Although the main pillars are seen as traditional principles of International Law such as sovereignty³ and territorial jurisdiction, its origin is related to the Charter of the United Nations (SCHRJVER, 2013, p. 96). Even if the document fails to explicitly mention the principle, there are some general references to principles that connect to the bases of sovereignty over natural resources. The principle of non-intervention in internal matters⁴, sovereign equality between States⁵, the promotion of development, economic and social progress, in addition to respect for human rights and fundamental liberties⁶, all of them listed in the charter that created the United Nations, reflect the theoretical context behind the insurgent principle.

Its consecration at the International Law level came with the adoption of resolution 1803 by the UN's General Assembly called "permanent sovereignty over natural resources". The document arises from

3 Sovereignty is an idea of authority embodied in limited territorial organizations we refer to as 'states' or 'nations' and expressed in their different relationships and activities both at the national and the international level. In the beginning of the 21st century, there were almost two hundred of those organizations around the world and each one of them is responsible for the territory under its jurisdiction and the people living there. Sovereignty is at the center of the political arrangements and legal practices in the modern world. The idea was originated in the controversies, religious and political wars in Europe in the 16th and 17th centuries, and it has existed with no interruptions and spread all over the world since that time, and it is still progressing. Sovereignty is a fundamental idea of politics and law that can only be correctly understood as both an idea of supreme authority of the State and an idea of political and legal independence of States geographically separated. Those two faces of State sovereignty are not separate ideas. They represent different aspects of a general idea. Sovereignty is a constitutional idea of the rights and obligations of governments and citizens or subjects in particular states. It is also an international idea of several states regarding one another, each one occupying its own territory and keeping external relations and relations with the others, including the peaceful and cooperation relations, as well as disagreeing relations and periodical wars. JACKSON, 2007. p. x.

4 Charter of the United Nations. Art. 2, paragraph 7. "Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII".

5 Charter of the United Nations. Art. 2, paragraph 1. "The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members".

6 Charter of the United Nations. Art. 55. "With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the United Nations shall promote: **a.** higher standards of living, full employment, and conditions of economic and social progress and development; **b.** solutions of international economic, social, health, and related problems; and international cultural and educational cooperation; and **c.** universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.

the effort of the General Assembly to promote the economic development of underdeveloped countries and to connect to the right to the self-determination of the people. The Assembly had previously requested to the Commission of Human Rights the preparation of recommendations on the international respect of the people for their self-determination, from which arises the recommendation for the creation of a specific commission to assess the right for the sovereignty of the people over their own resources. In 1958, the “Commission of the United Nations regarding the Sovereignty over Natural Resources” is created (KILANGI, 1962).

The work of that Commission, together with the efforts of the Economic and Social Council, brought the previously mentioned resolution to life and it acquires characteristics of a Declaration. The document is adopted in 1962 by the UN’s General Assembly with 8 articles that state that the right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural resources “shall be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned” (UNITED NATIONS, 1962). That Declaration marks a stage of the principle when the sovereignty over the resources is strictly connected to the issue of self-determination of the people for their colonial and economic independence.

With the progress of the decolonization process in the 1970’s, the focus of the principle goes from the self-determination to the countries under development, promoting the States to main subjects of the right to permanent sovereignty over natural resources (SCHRJVER, 1997, p. 08). The evolution of the principle over time brought not only the identification of rights, but also of rights due to that sovereignty that States enjoyed. The liabilities include respect for the right to development for all people, especially when striving for the protection of those who can be affected by the consequences of the economic exploitation of resources. Nico Schrijver (2013, p. 96) says:

Thus, and under the influence of the right to self-determination and the right to development, the focus of the principle of sovereignty over natural resources was gradually transferred from a principle that was essentially based on rights to one based on rights with a specific content.

The incorporation of those new values to the principle is going to be an important object of this paper, especially in what regards the legal implications that permeate the underlying liabilities to the right granted to the State to explore their own resources.

2 THE RIGHT TO DEVELOPMENT AS AN ASSUMPTION OF PERMANENT SOVEREIGNTY OVER NATURAL RESOURCES: from economic growth to sustainable development

From the moment when the sovereign right to economically explore resources is given to decolonized States, the right to development is born as an assumption. However, to understand that right from its different aspects, it is also necessary to understand the evolution of the word *development* in its several phases and implications because, as Altvater (1995, p. 22) says “development does not take place in a timeless laboratory and regardless its location, but in a natural and social space and in historical times”.

The modern idea of development comes together with the rise of the United States as a super power in the period after the Second World War, a moment in which the country considers the real need to take up a position in the new configuration of the world economy. With the inauguration of President Truman, “a new era would start for the world – the era of development” (ESTEVA, 2000, p. 59). When considering that the industrial e scientific progress of the US would be available for the growth and progress of underdeveloped areas, the President gave to development a different meaning that could refer to the North American hegemony” (ESTEVA, 2000, p. 60), and “unveiled the desire of the West to resume the economy after a devastating war” (SACHS, 2000, p. 118).

Development, within that period, refers, thus, to a colonizer power. The industrial production mode becomes a necessary and unavoidable target that, as a consequence, starts to subjugate underdeveloped countries to suppliers of raw material for industrialization.⁷ Thus, development is tied to economic growth in its first aspect (especially from the 1950’s to the 1970’s).

Economic growth, besides allowing for the increase of per capita income in developed nations, was also considered as a solution for poverty⁸.

⁷ Especially during the Second World War, the Allied forces, and the US in particular, got aware of their dependence of raw material abroad and of the vulnerability of their supply lines. Those concerns were outlined in the Atlantic Charter dated 1941, in which the Allies defended the principle of equal access of all States to the world’s raw material. The Allies stated that they would make an effort, “with due respect for existing obligations, to promote the access to all States, large or small, winner or won, in equal conditions, to the world’s trade and raw material necessary for economic prosperity”. SCHRIJVER, 2010. p. 37.

⁸ For Latin American dependent theoreticians, “underdeveloped” or “poor” countries were in that situation thanks past pillage of the colonization process and the continuous raping of capitalist exploration,

The developmental thought considered that problems of underdevelopment were concentrated in the Southern area of the globe and that solutions would be found, mainly, in the Northern area (DALY, 2014). When taking that into account, growth would not face limits to serve as a “solver” of economic inequalities. The world was seen as an endless and inexhaustible source of natural resources that would provide for development.

However, development has growth faces limits. Those barriers have their theoretical bases change. Social inequality, environmental degradation and the improvement of people’s quality of life became a concern for the United Nations that was more active from the 1970’s on. That is when the path for the first big conference on environment and development is prepared and when the *limits for growth*, with Meadows’⁹ controversial book, are put at stake.

The year of 1972 marks the phase in which development and environment entwine. The United Nation’s Conference on Human Environment highlights the inclusion of the environmental subject in the international agenda pushed by the concern of the developed countries with the levels of pollution and acid rain, and with the perspectives of population growth, especially in peripheral countries, and their impact on the access to natural resources.¹⁰ The so called Stockholm Conference brings along the “proposal to change the postwar perception from an open global perspective where each nation may isolatedly make an effort to maximize economic growth” (SACHS, 2000, p. 118) and it is noticeable that pressures on the environment as a consequence of industrialization are common problems that require interdependent perception and cooperation.

However, the positions adopted inside the Conference were at the national and international level, to which those countries were submitted: underdevelopment was the creation of development. ESTEVA, 2000. p. 66.

9 The Book “The Limits to Growth” was ordered by a think tank called Club of Rome. Researchers who worked outside the Massachusetts Institute of Technology formed a team that included husband and wife Donella e Dennis Meadows. They built a computer model to track the economy and the environment worldwide. That innovative computer model was called World3. The task was very ambitious. The team located the industrialization, the population, food, use of resources and pollution. They modeled data until 1970 and then they developed a series of scenarios for 2100, depending on how the humanity would take severe measures on environmental issues and resources. If that failed to happen, the model forecasted “overshoot and collapse” – in the economy, environment and population - before 2070. THE GUARDIAN, 2014.

10 It was from the appointment of the Economic and Social Council of the United Nations, on June 1968, that the idea came up of organizing a meeting of countries to create ways to control air pollution and acid rain, two of the environmental issues that most concerned the populations of central countries. Sent to the UN’s General Assembly, the appointment was approved in December that year. During the same meeting, the year of 1972 was defined for the event. The conference that marked international environmentalism and that launched a new cycle of studies on international relations was born. RI-BEIRO, 2010. p. 73.

diverging. There were the ones who supported the zero growth thesis in the sense of holding the industrial, polluter economic growth that consumes finite natural resources. On the other hand, there was the thesis in favor of the development brought by the industry in which the so called “underdeveloped” countries would fit.¹¹ The “developmental” position concludes the clash of ideas with advantages and peripheral countries get the permission for development and for receiving external investment (RIBEIRO, 2010, p. 80).

Within that context, the Declaration on Human Environment was seen as the most important document that results from Stockholm, containing 26 principles that settle the bases of the International Environmental Law. In the developmental logic that prevails in the meeting, principle 21 is a highlight when it expresses the permanent sovereignty of States regarding the exploration of their resources but, at the same time, balances it by adding the obligation of those same countries not to cause damages to the environment of another country by means of activities under their jurisdiction. When consolidating that principle, the Declaration referred to requires environmental policies to increase and not to decrease the development potential of peripheral countries (SCHRIJVER, 2008, p. 44).

Although the bases of development connected to the environment in Stockholm, the concern with the consolidation of environmental conservation allied to the economy comes up with more strength in the Brundtland Report prepared by the World Commission on Environment and Development. The document was published in 1987 and received the significant title *Our Common Future*. With the proposal of analyzing the long term strategies to achieve development standards that took into account the environment and the cooperation means that could be set forth among under developed and developed countries, the report brings some meaning to what sustainable development would be. The understanding

¹¹ To criticize that thesis, the thoughts of Altvater are exposed: the capitalist industrialization model was visibly not industrially possible; the successful exceptions to that rule would invalidate it. The affluent capitalist society has an orderly side to the North and a disorganized and chaotic side to the South. It does not seem possible to spread all over the world a way of life and work that, first of all, is based on a high consumption of energy and material; that, secondly, has to dispose of efficient and intelligent energy and material transformation systems; and that, on third place, needs to carry out and organize on that basis an European-western life practice, with the correspondent ideological and thought models and regulatory political and social institutions. Industrial systems are not just technical artifacts that can be taken from a place to the other through technology transfer, or they would be the clear result of the procedure modes of the market's invisible hand, a consequence of the international trade developed according to the theorem of cost comparative advantages. ALTVATER, 1995.

of the expression was translated into the following terms: “sustainable development is the one that meets the needs of the present without compromising the possibility of future generations to meet their own needs” (WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, 1991, 46). Wagner Costa Ribeiro (2010, p. 108) comments:

That concept became a reference for several works and different interests. On the one hand, that are the ones who believe that the planet where we live is a unique system that suffers consequences at each change to its components; on the other hand are the ones who believe that the hegemonic model can be adjusted to sustainability. That is the debate: to maintain the conditions that allow for the reproduction of human life on the planet or maintain the system, looking for sustainability.

In order to take the discussion on development and environment ahead, the UN’s General Assembly calls, in the year of 1992, The United Nation’s Conference for the Environment and Development, also known as Rio 92, Eco 92 or Earth Summit.¹² The most important objective of that meeting was to set forth international agreements that would mediate the anthropic actions in the environment. On that purpose, the climate issue was approached, as well as the access and maintenance of biodiversity in the form of international conventions¹³ and the preparation of a declaration of principles, the Declaration of Rio, and of an action plan that aimed at minimizing environmental problems worldwide, the Agenda XXI (RIBEIRO, 2010, p. 108).

The Declaration of Rio similarly embodied itself as a declaration of principles. However, it added some precepts that failed to be addressed in the Conference of Stockholm. The focus goes on the principle of sustainable development (principles 3 e 4), that uses the same significance previously given by the Brundtland Report, but that is, for the first time, part of a highly relevant international instrument for International Environmental Law.

The facts presented hitherto evidence the understanding of the evolution of the concept of development. Abandoning the point of development as economic growth and going to sustainable development,

¹² From the perspective of the mobilization of leaderships, Rio 92 was a success: 178 State-nations took part in it and 114 were even represented by their respective Heads of State, among which we can highlight leaderships from central countries such as George Bush, François Mitterand and John Major, respectively the presidents of the United States and France and the Prime Minister of the UK at that time, and exponents of the periphery such as Fidel Castro. RIBEIRO, 2010. p. 108.

¹³ Framework Convention on Climate Change and Convention on Biological Diversity.

it is possible to understand that some assumptions are taken into account over time. The human being, subdued by the process of industrial economic growth, becomes the center of the development process when considering that “the purpose of development should not be the development of things, but the development of people” (COCOYOC DECLARATION, 1974), and quality of life should be taken into consideration in that logic. In order to reach basic human needs, it was necessary to also consider the conservation of an ecologically balanced environment as an assumption for the quality referred to.

That rationality of development gets more evident when it is promoted to a right in the 1980's. Its strategy starts to consider the respect for human rights and the incorporation of measures for those rights to be promoted and guaranteed. In addition to that, an assessment of most of the instruments and debates in which the United Nations promoted the subject indicated a consensus over some elements that should be part in the concept of development. They would be:

- (a) the realization of the potentialities of the human person in harmony with the community should be seen as the central purpose of development;
- (b) the human person should be regarded as the subject and not the object of the development process;
- (c) development requires the satisfaction of both material and non-material basic needs;
- (d) respect for human rights is fundamental to the development process;
- (e) the human person must be able to participate fully in shaping his/her own reality;
- (f) respect for the principles of equality and non-discrimination is essential; and
- (g) the achievement of a degree of individual and collective self-reliance must be an integral part of the process. (REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL, 2013, p. 8).

Those assumptions become concrete in the Declaration on the Right to Development adopted by the UN's General Assembly in 1986. The document defines development as a “comprehensive economic, social, cultural and political process, which aims at the constant improvement of the well-being of the entire population and of all individuals on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting therefrom” (UNITED NATIONS, 1986). When considering the individual not only as an active part and beneficiary in the process, but as the center point of development, the Declaration sees development as an inalienable human right in which all individuals

are able to participate, enjoy and have their fundamental freedoms fully realized (UNITED NATIONS, 1986).

Assert the right to development as a human right assumes the existence of a variety of interpretations on the inter relation between those two rights. An exercise of interpretation carried out from a more critical bias indicates that the right claimed as a human right would be a right to a particular development process. That process, which would have its nature centered around the concepts of equity and justice, with an eye on the fact that most of the population is in an economically vulnerable situation, lacking equitable conditions (SENGUPTA, 2013, p. 69). On the structure of the right to development, Sengupta (2013, p. 69) says:

The right to development requires that considerations of equity and justice should determine the whole structure of development. For example, poverty has to be reduced by empowering the poor and uplifting the poorest regions. The structure of production has to be adjusted to produce these outcomes through development policies.

Having the right to that process means creating the possibility of improving the well-being of the population as a whole. In that case, the concept of well-being would overcome the conventional notions of development as economic growth to be replaced by the creation of capacities that could take advantage of the opportunities from development. Thus, a proposition that favors the indicators of social and human development as a facilitator for the expansion of substantive human freedoms (SENGUPTA, 2013, p. 69).

Development as promotion of freedom, as advocates the economist Amartya Sen, requires the removal of the main sources of deprivation of liberty such as poverty, tyranny, the lack of economic opportunities, the negligence of public services and intolerance or excessive interference by oppressive States. For the author, “the freedoms are not only the main objectives of development, but also its most important means” (SEN, 2010, p. 25), from them the human right to development can be understood as a real right of the individual to participate in the process that involves him/her.

Within that context, it is important to highlight that in addition to the right, the process of development also encompasses obligations. Those obligations are mainly attributed to the States in face of its beneficiaries to

promote the human right to development. One may say that there are two aspects that involve those rights. The first one regards the principle of self-determination of people under the jurisdiction of a State: the state entity has to respect the right of people to freely exercise their economic, cultural and social development without discrimination due to race, religion or color. The second aspect is related to the international cooperation that the States should maintain with other States to promote the realization of the right to development (REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL, 2013, p. 13).

However, less attention has been given regarding the obligations arising from the right to development as a right to permanent sovereignty over natural resources. The social cost of those processes is not always totally emphasized to the detriment of some economic gain. One of the costs to be analyzed below is related to those who are displaced due to the development process and how government duties are configured in that situation.

3 PEOPLE DISPLACED BY THE DEVELOPMENT: ethics and responsibility under discussion

The human right to development assumes the participation of individuals in its process as beneficiaries of its outcomes. The social, economic and cultural development of the population becomes a target within the logic of development that disregards only economic growth as an assumption. Then, what happens when that same development, in practice, excludes its beneficiaries from the participation in its process, displacing them due to large resource exploration projects?

The displacement of people by development projects may be visible when it takes place in the center of the main cities, as it may be considered “invisible” (the most concerning side in what regards the responsibilities related to that kind of displacement) when populations that live in the politically peripheral areas are displaced by the construction of dams, mines, channels. Displacing people implies in the deprivation of some of their most fundamental rights and, in a real scenario, what is seen are scattered individuals who are poorly compensated and often explored because of their vulnerability (PENZ; DRYDYK; BOSE, 2011, p. 1).

The analysis of that kind of displacement becomes more complex when seeing that it is not exactly similar to the forced displacement that

originates refugees.¹⁴ That is because it is not likely that those people would cross borders, and the subjective element of fearing persecution does not involve the motivation of development. Despite similarities, it is not completely easy to frame it as an internal displacement¹⁵, once not always can that displacement be configured as forced once resettlement of people may be voluntary and negotiated (PENZ; DRYDYK; BOSE, 2011, p. 3).

An example of that kind of displacement is a result of flooding caused by the construction of power plants. In China, the construction of the *Three Georges* plant displaced about 1.24 million people in the year of 2009 and the government offered assistance to relocate legal residents who lived in the area (BATES, 2002, p. 472). It is important to say that “the process of displacement in China is ruled by the policy of “development resettlement”, which aims at maintaining or improving the standard of living of resettled people” (STEIL; YUEFANG, 2002, p. 10).

Another category of displaced people from development projects encompasses indigenous populations that are forcedly displaced because their territories are taken to explore natural resources. The construction of highways that penetrate tropical forests, the extraction of wood and mining are some examples of activity that disturb and displace a variety of forest groups.

In that context, three broad perspectives can be used to try to justify the induction of the forced displacement due to development: public interest, self-determination and equity. In the first perspective, public interest is analyzed from the cost-benefit point of view. The aimed criterion is conquering net benefits for the population as a whole through those expansionist projects. The secondary negative effects such as the alleged

¹⁴ According to the Convention of the United Nations on the Statute of the Refugees, a refugee is any person who: as a consequence of the events that took place before January 01, 1951 and fearing persecution for race, religion, nationality, social group or political opinion reasons is away from his/her country of origin and who cannot or, due to that fear, does not want to get advantage of the protection of that country, or who, having no nationality is away from the country in which he/she has regular residence due to those events, cannot or, due to the fear referred to, does not want to go back to it. It is worth saying that the additional Protocol to the convention, released in 1967, removed the temporal factor from the definition of refugee. BRAZIL. Decree n. 50.215, dated January 28, 1961 enacts the Convention related to the Statute of Refugees concluded in Geneva on July 28, 1951. Brasilia, January 28, 1961.

¹⁵ Internal displaced are people, or groups of people, who are forced or compelled to escape or abandon their homes or their regular places of residence, particularly as a consequence of, or aiming at avoiding, the effects of armed conflicts, situations of generalized violence, violations of human rights or human or *natural disasters* who have not crossed an internationally recognized border of a State. UNITED NATIONS. *Guiding Principles on Internal Displacement*. Available at: <www.unhcr.org>. Accessed on July 10, 2015.

displacement of people are seen as a cost. The main issue that has to be challenged is whether the benefits of the project exceed those expenses (PENZ, 2002, p. 4).

The second point, characterized by self-determination, passes by freedom and control issues. There are two points of view from which that precept can be analyzed: within its more libertarian form, which focuses on the self-determination of individuals, the displacement (of the owner) has an immoral face; inserted into a communal interpretation, the self-determination considers itself violated by the forced banishment of entire communities. Those factors may serve as a barrier against the unbridled adoption of development projects (PENZ, 2002, p. 5).

Thirdly, it is believed that the displacement referred to and due to the development can be justified for providing with the reduction of poverty and inequality. Egalitarianism may be achieved if displacement induced by development favors the least privileged and burdens those who are in a better situation. However, that equity may be violated when the most favored groups receive benefits, while those in state of poverty are harmed exactly because they are being displaced under no kind of compensation (PENZ, 2002, p. 5).

When analyzing those justifications for displacement, it is important to understand that there is some type of ethics behind the development process that has to be present. Otherwise, the justifications are going to be contaminated by unfairness and inequality. The policies and decision making that involve development should follow a standard that aims at minimizing the extension of displacement and mitigating harmful effects for those who suffer them. If they fail to behave so, they end up by violating the rights of individuals in face of the process.

Those rights may be translated by two assumptions. The *right to non-victimization*, in which all have the right to be free of net losses resulting from the displacement caused by development, including undue compensations that reduced life standards. In addition to the *right to the equitable distribution of benefits*, in which all the people displaced by the development projects have the right to equally share the benefits of the development that displaced them. Equity, in that case, gives priority to the reduction of the worst inequalities among victims (PENZ; DRYDYK; BOSE, 2011, p. 185).

Then, the presumed ethics looks for the participation of individuals by empowering them along the entire process. Empowering means the

capacity to mold life the best way possible through active decision making and means to defend income against any kind of resistance. Similarly, it is understood as the space opened for individuals to fight and guarantee their rights. People can be “unempowered” when they are compelled to something. Thus, a major criticism against displacement induced by development is that it ends up by weakening individuals in that sense of “power” and takes advantage of their vulnerability to displace them.

That scenario puts forward the responsibility that also has to be conjugated to the development process. Responsible development should involve two important aspects: responsibility in what regards the pursuit of suitable objectives of development; and the responsibility treating individuals potentially affected by the process (PENZ; DRYDYK; BOSE, 2011, p. 211).

Most of the times the responsibility is going to fall to the States, entities in charge of large development projects, even when foreign investors are involved. The difficulty is found in the invisibility that this kind of displacement causes before other motivations that aggregate more attention. There is little recognition of what those displaced people have borne and keep bearing. The lack of recognition comes together with a lack of protection and weakening of state obligations in front of the development process.

In the face of that context, it is important to emphasize an ethical approach regarding the development process, which should put social justice on a prominent level. The right to permanent sovereignty over natural resources, as well as the right to development cannot be seen as absolute when simply thought of from an economic bias. Placing ethical principles and the rights of displaced people in the center of the process provides a good responsible vision on fair development.

FINAL CONSIDERATIONS

Thinking about development has not always been thinking about social, cultural and economic progress. Having the right to development was an achievement of decolonized countries in the 1950’s that aimed at exploring their own natural resources after being released from foreign exploration. The conception at that time was of economic growth. Development existed once the notion of underdevelopment had been created. And within that context, the countries wished to increase their

GDPs.

O principle of permanent sovereignty over natural resources, consecrated in important documents, opens the door for the right to development to appear. Its characteristics change when it is linked to environmental conservation and the quality of life of individuals. Sustainable development and development as a human right claim for another rationality to settle down. Not the rationality of purely economic gains, but the one that would consider the evolution of the population in an equitable way.

However, development has its consequences. One of them appears as a social cost inside the process: the displaced people. Equity is not present when that cost is not borne by all, but mainly by an already vulnerable portion of the population. There are rights and responsibilities on development and, mainly, there is an ethical behavior that has to be present along the entire process.

In what regards displaced people, it is noticeable that placing their rights as central makes it possible to put the ethical precepts of development into practice. Thus, the right to development can be seen not only from an economic perspective but, mainly, as a factor to facilitate the expansion of human liberties.

REFERENCES

ALTVATER, Elmar. *O Preço da Riqueza*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

BATES, Diane C. Environmental Refugees? Classifying Human Migrations Caused by Environmental Change. *Population and Environment*, vol. 23, nº 5, p. 465-447, 2002.

BRASIL. *Decreto n. 50.215*, de 28 de janeiro de 1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra em 28 de julho de 1951. Brasília, 28 de janeiro de 1961.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COCOYOC DECLARATION. Disponível em: <<http://helsinki.at/projekte/>

cocoyoc/COCOYOC_DECLARATION_1974.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2016.

DALY, Herman E. *Limits to Growth: the economics of sustainable development*. Boston: Beacon Press, 2014.

ESTEVA, Gustavo. Desenvolvimento. In: SACHS, Wolfgang. *Dicionário do Desenvolvimento: guia para o conhecimento como poder*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

JACKSON, Robert. *Sovereignty: evolution of an idea*. Polity Press: Cambridge, 2007.

KILANGI, Adelardus. *Permanent Sovereignty over Natural Resources General Assembly resolution 1803 (XVII)*. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/ha/ga_1803/ga_1803.html>. Acesso em: 15 jun. 2016.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Self Determination*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/self_determination_international_law>. Acesso em: 15 jun. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. *Resolution 1803 (XVII)*. Permanent Sovereignty over Natural Resources. The General Assembly. Dez 1962. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

ONU. *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/decolonization/declaration.shtml>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

PENZ, Peter. Development, displacement and ethics. In: *Forced Migration Review*. Dilemmas of Development Induced Displacement. Issue 12. Janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.fmreview.org>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

PENZ, Peter; DRYDYK, Jay; BOSE, Pablo S. *Displacement by Development: ethics, rights and responsibilities*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL. The Emergency of the Right to Development. In: UNITED NATIONS. *Realizing the Right to Development: Essays in Commemoration of 25 Years of the United Nations*

Declaration on the Right to Development. New York, 2013.

RIBEIRO, Wagner Costa. *A Ordem Ambiental Internacional*. São Paulo: Contexto, 2010.

SACHS, Wolfgang. Meio Ambiente. In: SACHS, Wolfgang. *Dicionário do Desenvolvimento: guia para o conhecimento como poder*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

SCHRJVER, Nico. *Sovereignty Over Natural Resources*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SCHRIJVER, Nico. *Development Without Destruction: the UN and global resource management*. Indiana: Indiana University Press, 2010.

SCHRIJVER, Nico. *The Evolution of Sustainable Development in International Law: inception, meaning and status*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

SCHRJVER, Nico. Self-determination of peoples and sovereignty over natural wealth and resources. In: UNITED NATIONS. *Realizing the Right to Development: Essays in Commemoration of 25 Years of the United Nations Declaration on the Right to Development*. New York, 2013. SEN, Amartya. *Development como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENGUPTA, Arjun K. Conceptualizing the Right to Development for the Twenty-first Century. In: UNITED NATIONS. *Realizing the Right to Development: Essays in Commemoration of 25 Years of the United Nations Declaration on the Right to Development*. New York, 2013.

STEIL, Shawn; YUEFANG, Duan. Policies and Practice in Three Georges Resettlement: a field account. *Forced Migration Review*. Dilemmas of Development Induced Displacement. Issue 12. Janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.fmreview.org>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

THE GUARDIAN. *Limits to Growth was right*. New research shows we're nearing collapse. 2014. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/commentisfree/2014/sep/02/limits-to-growth-was-right-new-research-shows-were-nearing-collapse>>. Acesso em: 20 jul. 2016

UNITED NATIONS. *Declaration on the Right to Development*. 1986.

Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>>.
Acesso em: 05 jul. 2016.

UNITED NATIONS. *Guiding Principles on Internal Displacement*.
Disponível em: <www.unhcr.org>. Acesso em: 10 jul. 2016.

Article received on: 29/Jul/2016.
Article accepted on: 16/Nov/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

DERANI, Cristiane; VIEIRA, Ligia Ribeiro. Displaced by Development: Analysis About the Implications of the Principle of Permanent Sovereignty Over Natural Resources. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 89-108, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/850>>. Acesso em: dia mês. ano.

ENVIRONMENTAL RECLAMATION AS STRATEGY FOR SUSTAINABILITY

Adriano Bressane

Doctoral student in Environmental Sciences at Universidade Estadual Paulista (UNESP).
Master in Urban Engineering at Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR).
Email: adrianobressane@gmail.com

Admilson Írio Ribeiro

Post Doctor's Degree at University California Riverside (UCR), United States.
Doctor and Master in Environmental Engineering at Universidade
Estadual de Campinas (UNICAMP).
Professor at Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).
Email: admilson@sorocaba.unesp.br

Gerson Araújo de Medeiros

Post Doctor's Degree at University of Alberta (UALBERTA), Canada.
Doctor and Master in Agricultural Engineering at Universidade
Estadual de Campinas (UNICAMP).
Professor at Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).
Email: gereson@sorocaba.unesp.br

ABSTRACT

The environmental change by the society is recurring and has been intensified since the first civilizations. However, the lack of conservationist practices has caused the emergence of degraded areas, whose recovery is fundamental for the sustainability. In this context, this paper aims at analyzing the environmental recovery as a public policy strategy supported in the Brazilian legislation. As methodology, a documental and analytical research was developed on the regulations, discussed at a multidisciplinary perspective, from the view of legal and engineering specialists, from the agricultural and environmental areas. As a result, it was identified a collection of rules pointing at a significant commitment on the definition of guidelines. On the other hand, this meaningful quantity of legal mechanisms, associated to misalignment, may cause damages to its effectiveness. In conclusion, we can consider that environmental reclamation is widely regulated, and it represents one of the main strategies of the environmental public policy adopted in Brazil. Nevertheless, it still requires advances

to combine harmoniously practical and theoretical-conceptual aspects. Thus, considering the moment that Brazil is consolidating a new Forestry Code, we hope that the achieved outcomes can contribute to the debate and mobilization about the environmental reclamation as a strategy for sustainability.

Keywords: Degraded areas; Systemic perspective; Public policy.

RECUPERAÇÃO AMBIENTAL COMO ESTRATÉGIA PARA SUSTENTABILIDADE

RESUMO

A transformação do ambiente pela sociedade é recorrente e tem se intensificado desde as primeiras civilizações. Contudo, a ausência de práticas conservacionistas vem causando a degradação de áreas, cuja recuperação é fundamental para sustentabilidade. Nesse contexto, o presente artigo objetiva analisar a recuperação ambiental como política estratégica amparada na legislação brasileira. Como metodologia, uma pesquisa documental foi desenvolvida para abordagem analítica de normativas, discutidas em uma perspectiva multidisciplinar, a partir da visão de especialistas em direito e engenharia, na área de ciências agrárias e ambientais. Como resultado, constatou-se uma numerosidade de normas que indicam um empenho significativo na definição de diretrizes. Por outro lado, esse grande número de normativas, associado à falta de um alinhamento, pode prejudicar sua efetividade. Portanto, conclui-se que a recuperação ambiental está amplamente normatizada, constituindo uma das principais estratégias de política pública ambiental adotadas no Brasil, mas que ainda carece de avanços para aliar harmoniosamente aspectos práticos e teórico-conceituais. Assim, considerando o momento em que o Brasil está consolidando um novo Código Florestal, espera-se que os resultados alcançados possam contribuir para o debate e mobilização acerca da recuperação ambiental como estratégia para sustentabilidade.

Palavras-chave: Áreas degradadas; Perspectiva sistêmica; Política pública.

INTRODUCTION

The environmental change caused by the society has occurred since the first civilizations. However, the concern about environmental impact on the anthropic activities has emerged in the recent decades, mainly after the World War II, requiring rethinking the human relationship with the nature (HOSHI, 2012; BALIM; MOTA; SILVA, 2014).

With the advent of mechanization and technological advances, the lack of conservationist practices has caused the environmental quality loss, with negative effects on the natural resources, the biodiversity conservation and the maintenance of ecosystem services (BRESSANE et al., 2015a). Therefore, due to the flora removal and the expulsion of the fauna, the loss of fertile soil and the quality and the water regimen compromise, the degraded areas arise (IBAMA, 1990).

Despite its ongoing decrease, the global deforestation rate is still alarming: “Around 13 million hectares of forest were converted to other uses or lost through natural causes each year in the last decade compared with 16 million hectares per year in the 1990s” (FAO, 2010, xiii p.). In Brazil, the rates that reach 23 mil km² a year⁻¹ the deforestation between the years 2002 and 2003 (SOARES-FILHO et al., 2005), the peak of 27.772 km² in 2004, reduced to 4,5 mil km² in the period from 2011 to 2012. Despite this reduction, the effects remain severe, with the occurrence of extreme weather events, such as floods in certain regions and prolonged drought in others (NOBRE, 2013; BRESSANE et al., 2016).

So the environmental recovery represents a fundamental instrument for the maintenance of the biodiversity, for the environmental resources and services availability, as well as to provide essential conditions for the well-being and security of human populations (BRESSANE et al., 2015b).

Thus, guidelines are established to guide the recovery practices, such as the norms from the Brazilian Institute for the Environment and the Renewable Natural Resources (IBAMA), from the Ministry of the Environment (MMA) and from the National Council for the Environment (CONAMA). However, the normative guidelines often require scientific discussion (ARONSON et al., 2011), (RAD), especially because in Brazil the recovery of the degraded area “was intensified in the recent decades, going through a series of conceptual and paradigms changes” (ASSIS et al., 2013, p.599). Effectively, in the scope of these norms, the diversity of

similar terms with meanings that in general are not equivalent, undermine the understanding of these guidelines and, thus, they may compromise the RAD planning and effectiveness.

In this context, this article aims to analyze the degraded areas reclamation as the instrument of the Brazilian Law. Thus it seeks to see the hypothesis that the environmental reclamation is one of the main strategies of the environment public policy in the country.

As a methodological approach, a qualitative research based on documents was carried out, starting from this normative guidelines integrated collection and analysis and the study of the applied technical literature, which were the main materials used. So a systemic perspective was sought supported by the multidisciplinary view of the Law and Engineering experts in the area of the agrarian and environmental sciences.

The systemic perspective developed in this study is founded on the Systems General Theory, in construction since the first notions established by Von Bertalanffy (1968). In this view, it considered a set of normative arrangements as interdependent and interagency components that form the legal regime of environment recovery practices.

To this end, it is started from the understanding that the normative guidelines are conceived in different contexts, not infrequently accompanied by operational guidelines applicable in different conditions, jointly and adaptively. Thus, an analytical approach of the legal regime was taken focusing on the guidelines that regulate the rights and duties, prohibitions and penalties applicable to the environmental recovery events.

1 TEORETICAL-CONCEPTUAL ASPECTS: CONTRIBUTIONS TO A SYSTEMIC PERSPECTIVE

In general, environmental quality recovery can be understood as a condition (*sine qua non*) to get an environment ecologically balanced and, therefore, mandatory according to the Federal Constitution:

Art. 225. Everyone has the right to the ecologically balanced environment, the people common right use and essential to a healthy life quality [...]. §1º To assure this right effectiveness, it is incumbent to the Government: I to preserve and restore the essential ecological processes [...] §2º Whoever exploits the mineral resources is obliged to recover the degraded environment [...] in the form of the law (BRASIL, 1988, s/p.).

With this end, the Environment Law is presented as a set of norms to guide the individuals' behavior and thus discipline the human activities. In this sense, the National Environment Policy (BRASIL, 1981) provided a systemic regulation, setting the principles and juridical-economical instruments (DERANI; SOUZA, 2013; BARBOSA; NÓBREGA, 2013). Therefore, so that the economic environment is able to grow and develop without exhausting the natural environment resources, the recovery of the degraded areas has become one of the environment policy principles established by the 1981 Federal Act 6938:

Art. 2nd. The National Environment Policy aim is the preservation, improvement and recovery of the environmental quality conducive to the life, aiming to assure, in the Country, the conditions for the social-economical development, for the national security interests and for the protection to the human life dignity, complying with the principles as follow: [...] VIII – recovery of the degraded areas [...] (BRASIL, 1981, p.1).

As a control device, the legal guardianship seeks to harmonize the nature protection with the fulfillment of the human needs and rights that, inevitably, result in the undertaking of activities that change the environment (GOULART; FERNANDES, 2012). To this end, instruments are established, both with preventive and corrective aims, which usually involve punitive measures (BARBOSA; NÓBREGA, 2013; WEBER, 2014). Among the degradation preventive instruments are the studies about the environmental impact, set by the 1986 Conama Resolution 01:

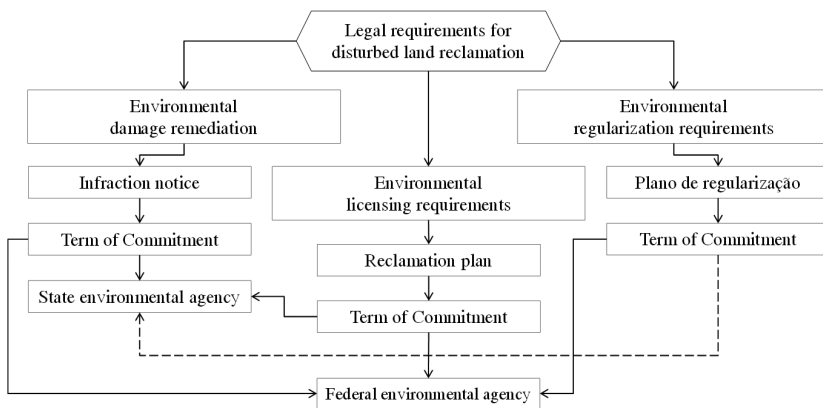
Art. 2nd. It will depend on the elaboration of the environmental impact study and its environmental impact report – RIMA, to be submitted to the competent state organ approval, and to IBAMA on supplementary basis, the licensing of activities modifying the environment (BRASIL, 1986, p.1).

However, when the damages to the environment have already occurred, in addition to the fines and restriction of rights provided in the 1986 Federal Act 9605, the sentence may still imply deprivation of liberty. Alternatively, the provision of services to the community may be determined, such as the execution of measures in support to the recovery of degraded areas as environmental compensation (BRASIL, 1998).

In this respect, it is worth highlighting that the environmental

values protection involves unavailable interests. When an environmental damage occurs, it affects not only a local community or a town, but also the whole integrated community, and this is a perspective that makes necessary a systemic view of the legal order for a more effective environment legal protection. Therefore, among the motivations for a recovery proposal is promoting the environmental damages repair, which jointly with the established conditions for issuing licensing and real estate regularization is among the main normative requests (Figure 1).

Figure 1 - Main requirements for disturbed land reclamation



To this end, the liability for damages repair has found adherence in the legal regime for environmental recovery, and the obligation to revert the degradation is one of the most important principles for achieving effective sustainability in the country (BEDRAN; MAYER, 2013; SOUZA; HARTMANN; SILVEIRA, 2015; SOUZA, 2016; RIBEIRO et al., 2016).

In addition, it is worth noting that the normative assumptions of the environmental recovery precede even the Brazilian Legislation, with origin in international sources constructed along the years, mostly as agreements, treaties, conventions and protocols, including the Geneva Protocol for the prohibition of biological weapons (1925), Rhine River Agreement against pollution (1963), the Conference on Human Environment(1972), Protocol of Montreal on the Ozone Layer (1987), Taranco Declaration on the environment (1995), Protocol of Kyoto (2005),

and recently the Paris Agreement on the Climate (2015), and many others (HOSHI, 2012; JAQUES, 2014; DUBOIS; MOROSINI, 2015; PAVONI; PISELLI, 2016).

As previously discussed, environmental changes come from human activities and, as consequence of the demand generated by an unsustainable pattern of growth, the environmental quality degradation has been intensified. According to studies of the 1981 Federal Act 6938, this degradation can be extended as the adverse changes of the environment characteristics (BRASIL, 1981). Accordingly, by the 1989 Federal Decree 97632, it is considered as degradation the result of damages to the environment through which some of its properties are lost or reduced, such as the soils productive capacity, the air quality or the shortage of water resources (BRASIL, 1989).

For the Technical Standard of the Brazilian Association of Technical Standards - ABNT 13030 (1999) , that guides the preparation of environmental rehabilitation projects, the degraded areas are those with varying degrees of change, concerning both the biotic factors as the vegetation, and the abiotic components as the water and the soil (BRASIL, 1999).

In turn, the Normative Instruction of the 2009 MMA 05 defines as degraded area the one where there are changes in the biotic, edaphic and water quality, due to the destruction, removal or expulsion of the flora, fauna and soil, even partially (BRASIL, 2009). In this sense, the 2001 IBAMA 04 Normative Instruction differentiates these partial degrees of changes, so that, depending on the case, the area may be degraded or, in less extreme conditions, simply disturbed. In this perspective, the disturbed area corresponds to the one that, once closed the degradation process, still keeps ways for regeneration. In turn, the degraded area would be the one that could not return naturally to an ecosystem similar to the previous situation before the degradations (BRASIL, 2011). This distinction is also made in the terms of the 2012 Federal Decree 7830 (BRASIL, 2012), that considers as altered area and degraded area those with and without capacity of natural regeneration, respectively.

According to the Special Coordination of Restoration of Degraded Areas (CERAD, 2013), the concept that has been accepted is that of the ecological restoration, defined as a strategy of aid to the restoration of an ecosystem that has been degraded, damaged or destructed. However as discussed ahead, some regulations make a terminological differentiation,

treating restoration as a particular case that should not be confused with other recovery strategies, including the rehabilitation and the redistricting.

The current Forestry Code, established by the 2012 Federal Act 12651, presents both the term restoration and the expression recovery in establishing the principles for the sustainable development (BRASIL, 2012a). In this norm the term restoration is used only once. In contrast, the term recovery is used to refer to the recovery of the soil capacity of use (article 3rd), of areas (articles 15, 41, 51 etc.), of the vegetation (articles' 41, 44, 61A) and of the environment (articles 50, 59 and 79). Thus, according to the CERAD interpretation (ibid), the systematic reading makes possible to consider that the term recovery is used in a generic way, encompassing the others, understanding that is shared by the approach developed in the current study. Other term that is used frequently in the same regulation is recomposition, referring to the vegetation (articles 7º, 46, 54 etc.) and areas (articles 12, 13, 15, 41 and others), considered in the regulamentation given by the 2012 Federal Decree 7830 as the “restitution of the ecosystem or of a degraded or changed native biological community to the non degraded condition that may be different from its original condition” (BRASIL, 2012b).

In the here mentioned Forestry Code (BRASIL, 2012a), the term “regeneration” is also frequently used, composed with the expression “natural” as in: conduction of the natural regeneration of the native species (subsection I, §13, article 61A); and allow the vegetation natural regeneration (subsection II, article 66). In this sense, regeneration can be considered a self recovery process, that is, a revegetation able to occur with no atrophic support (APARICIO et al., 2014). However, as a recovery strategy, regeneration can be man-made, aiming to create favorable conditions, since the control of disturbance factors to the use of support techniques, such as nucleation (LEAL FILHO; SANTOS; FERREIRA, 2013). According to the National System of Nature's Conservation Unit – SNUC:

[...] recovery: restitution of an ecosystem or a degraded wild population to a non degraded condition that can be different from its original condition; [...] restoration: restitution of an ecosystem or a degraded wild population as close as possible of its original condition (BRASIL, 2000, p.1).

However, it should be emphasized that the definition presented

by a certain standard is made for the effects of its use, that is, in order to transfer the understanding to other cases, a systematic interpretation must be carried out examining its relationship with the other applicable standards (CARVALHO, 1999), as it was done in this study.

As example of supplementary regulation, there are the State of São Paulo regulations that due to the State development and relevance tend to be a reference for the country (DURIGAN et al., 2010), the reason why the evolution of its legal regime applicable to the environmental recovery is discussed below.

The state regulations set by the Environment Secretary of São Paulo state (SMA), which established guidelines for the degraded areas heterogeneous reforest, have applied the term forestry recovery defined as the “restitution of a deforested, disturbed or degraded area to the condition of native forest, according to the previously elaborated Project for area occupation” (SÃO PAULO, 2008, p.4). However, besides the areas formerly composed by forest physiognomies, there are areas in environments originally composed by camp formations and other forms of native vegetation to be recovered. Thus, repealing such standards, the Resolução SMA 32 of 2014 started to apply the term ecological restoration, defined as “intentional human intervention in degraded or changed ecosystems to trigger, facilitate or accelerate the natural process of ecological succession” (SÃO PAULO, 2014, p.2).

This standard (SÃO PAULO, op. cit.) establishes the ecological restoration as applicable instrument, both in rural and urban areas, whose recomposition, in the terms defined by the federal norm (BRASIL, 2012b), is its main objective. Therefore, this standard that deals with restoration as a general expression, doesn't aim necessarily to bring the area back to a condition close to the original one, rather to a condition able to maintaining its structure and sustainability. However, as the composition, structure and restoration of the diversity, the ecosystem function in the area should also be considered as fundamental to achieve the ecological restoration objectives, included the self sustainability, considered as the “final community ability to survive with little or no maintenance at all” (PRIMACK; RODRIGUES, 2001, p. 252).

In this perspective, the approach given by the São Paulo state standards doesn't align with the federal Standards that emphasize the functionality, as the SNUC (BRASIL, 2000) and the ABNT standards (1999), where the rehabilitation, recovery and restoration strategies are

distinguished. According to the (1999), the recovery aims to the area original function, while rehabilitation can be more flexible, seeking the adequation to future use, which can be both the productive function and the return to natural processes. To the contrary, the restoration is a more ambitious strategy aimed to the reposition of the exact ecological conditions prior to the degradation.

From the above it is verified that the environmental recovery in Brazil is largely normalized, as in a synthesis of the theoretical-conceptual aspects realized in the Tables 1 and 2, and a chronology of the main regulations presented in the Figure 2.

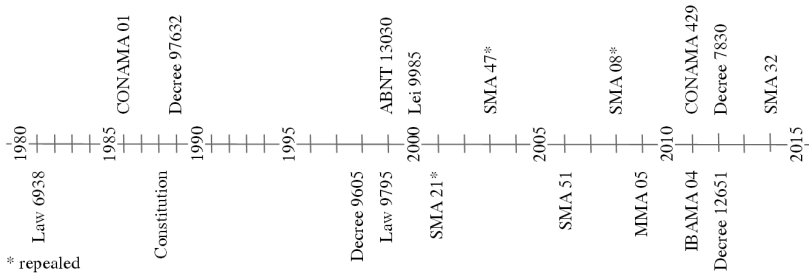
Table 1 – Synthesis of the normative references about the environmental condition (diagnosis)

Conceptual Aspect		Reference
Degradation Process	Adverse change of the environmental components characteristics	Federal Law 6938 (1981)
	Results of damages, through the loss of the environmental properties	Federal Decree 97632 (1989)
Degraded Area	Area with several degrees of change of biotic and abiotic factors	ABNT standard 13030 (1999)
	Area where the flora, fauna and soil have been compromised, with biotic, edaphic and water changes	Instruction 05 MMA (2009)
	Area unable to return by natural trajectory to an ecosystem similar to the prior	Instruction 04 IBAMA (2011)
	Area changed due to the anthropic impact with no capacity of natural regeneration	Federal Decree 7830 (2012)
Disturbed Area	Area that still maintains means of biotic regeneration after the degradation process Instruction	04 IBAMA (2011)
	Area that kept its capacity of natural regeneration after the impact	Federal Decree 7830 (2012)

Table 2 – Synthesis of regulations references on the intended future state (prognosis)

Conceptual Aspect	Reference	
Degradation Process	Set of procedures for area restoration and the restoration of its original function	ABNT standard 13030 (1999)
	Restitution to a non degraded condition, which may be different from the original condition	Federal Law 9985 (2000)
Degraded Area	Restitution of a degraded or changed ecosystem or native community to a non degraded condition, which may differ from the original condition.	Federal Decree 7830 (2012)
		SMA Resolution 32 (2014)
	Return of the area or natural processes' productive function, aiming the adaptation to the future use	ABNT standard 13030 (1999)
	Reposition of the degraded area exact ecological conditions, according to an established plan	ABNT standard 13030 (1999)
	Restitution of an ecosystem or wild population as close as possible to its original condition	Federal Law 9985 (2000)
Disturbed Area	Intentional intervention in ecosystems in order to trigger, facilitate or accelerate the ecological succession	SMA Resolution 32 (2014)

Figure 2 - Chronology of regulations related to environmental reclamation in Brazil



As it can be seen in the Figure 2, the Federal Act 6938, in 1981, has started a process of normatization of the main regulation guidelines related to the environmental recovery in the country, which has deepened along the following years, especially from the end of the 1990 decade. However, despite the evident commitment to the creation of guidelines, the lack of alignment of theoretical aspects, as summarized in the Tables 1 and 2, represents a problem to be surpassed for the advancement of the environmental recovery as a strategy of environmental public policy in Brazil.

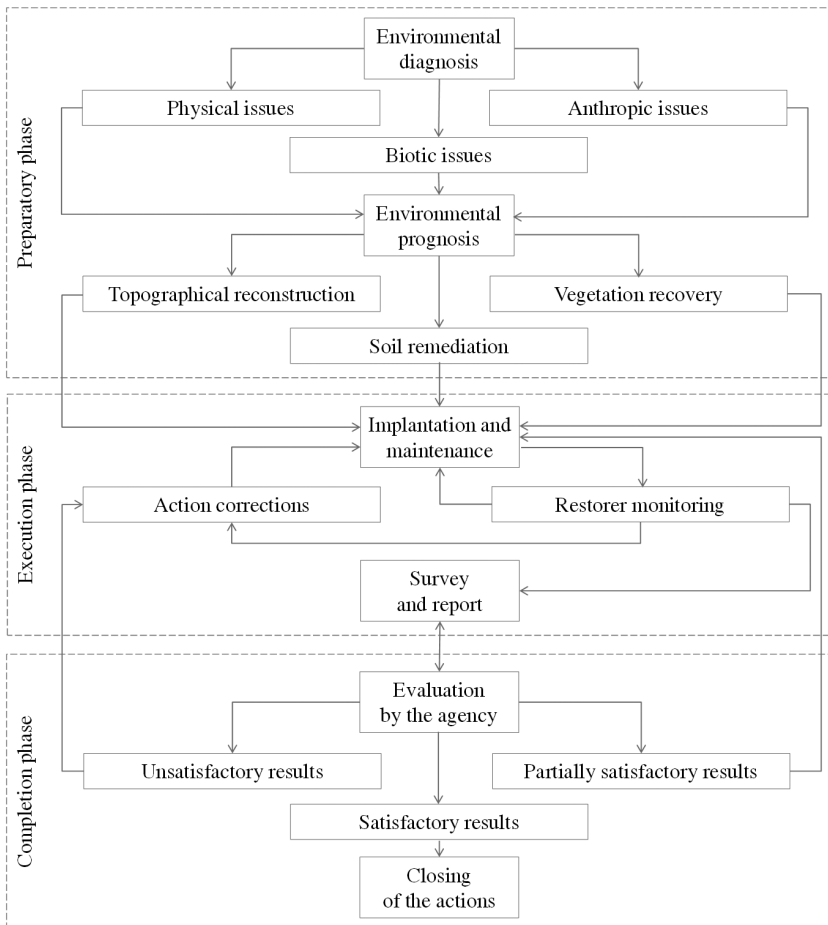
2 PRACTICAL ASPECTS: SYSTEMATIZATION OF SCOPE AND OPERATIONAL GUIDELINES

As previously discussed, three main demands can be highlighted for the proposition of a degraded area recovery plan (PRAD), as follows: the requirement of a given activity environmental licensing; a real estate conditioning for environmental regularization; and the damage repair object of an environmental infraction notice. In general, in order to fulfill these demands, the recovery plan phases include the steps of planning and execution of the environmental diagnosis and prognosis as well as the achieved results maintenance and assessment (Figure 3).

Analyzing Figure 3, it is noted that the PRAD elaboration phase focus on the awareness about the area current condition and in the projection of the intended future situation to be achieved through actions of topographic reconstruction, soil remediation and vegetation recomposition.

In turn, it highlights that the implementation and maintenance processes during the execution of the PRAD are not linear, as adjustments may be required during the assessment by the environmental organ. This approach by means of cyclic processes is important as management mechanisms to assure that the PRAD achieves satisfactory results.

Figure 3 – Systemic perspective of practical aspects in the main phases of a reclamation plan



Mining activities are among the companies that require PRAD for environmental licensing. For mining the PRAD is required both for larger and smaller projects, and for the latter one it is required in the form

of the chapter Environmental Control Plans and Reports:

Art. 1st The enterprises designed for mineral resources exploitation should, when submitting the Environmental Impact Study- EIA and the Environmental Impact Report - RIMA, submit to the approval of the competent environmental organ, a degraded area recovery plan (BRASIL, 1989, 1p.).

In both cases it is determined that the recovery purpose should be to return the degraded site return to a form of use, according to a plan pre-established at the time of the activity licensing, however “it should be object o specifical authorization if there is intervention in permanent preservation areas and in native vegetation” (SÃO PAULO, 2006, p. 1).

In order to comply with the applicable legislation, especially concerning the procedures related to environmental damages repair, the IBAMA Normative Instruction 04 (2011) decides:

Art. 1st. To establish procedures for the preparation of the Degraded Area Recovery Project PRAD [...] §2º. PRAD should gather information, diagnostics, surveys and studies that allow the assessment of the degradation or change and the consequent definition of the appropriate measures for the area recovery (BRASIL, 2011, p. 1).

For the guidelines analysis, it is verified that the minimum content depends on the PRAD scope, which can be simplified for small properties and family rural properties or for medium and large rural properties when the altered areas are of smaller size or equivalent to small properties (BRASIL, 2011). However for any purpose, PRAD must propose measures that assure the protection of the areas against factors that can make difficult or prevent the recovery process. In addition, the plan needs to pay special attention to the protection of the soil and the water resources and, if necessary, also control erosion techniques. However, specifically for the mandatory recovery situations, PRAD must be prepared according to a term of reference and accompanied by cadastral documents and georeferenced information (Figure3).

In the proposals of direct implantation of seedlings, seeds or other propagules, the native species from the regions should be used, and the definition of their number and of the individuals per hectare should take into account published researches, technical information and the available regulation acts, aiming at the greatest possible diversity and the

compatibility with the local phytophysiology.

It is emphasized that in the farmer family property or ownership, the rural family entrepreneur or the traditional people and communities, may use the Agroforestry Systems (SAF), ways of land use in which wood species are cultivated in consortium with herbaceous species or animals, with benefits resulting from ecological and economical interactions. Monitoring should take place during some years after the PRAD implantation, through regular reports for the evaluation purposes (please see conclusion phase in Figure 3), except for the small rural owners or legitimate holders of rural family ownership, who are exempt from this obligation.

On additional basis, in Municipalities of São Paulo the procedures of the federal regulations concur with those defined by the resolutions from the State Secretary for the Environment (SMA), among which stand out the Resolution SMA 32 (2014), which revokes previous guidelines, in particular, given by the Resolutions SMA 21 (2001), 47 (2003) and 08 (2008), denoting not only the constant transformation of the conceptual aspects, but also of the operational practices guidelines.

According to the regulations in the São Paulo State, PRAD may establish strategies such as the planting of seedlings or techniques as the nucleation, direct sowing, induction or conduction to natural regeneration, which concerning the maintenance practices must consider: the areas protection, eliminating the factors that prevent the plants survival and growth; the control of problem species; areas improvement, prioritizing the endangered and zoocoric species. (SÃO PAULO, 2014).

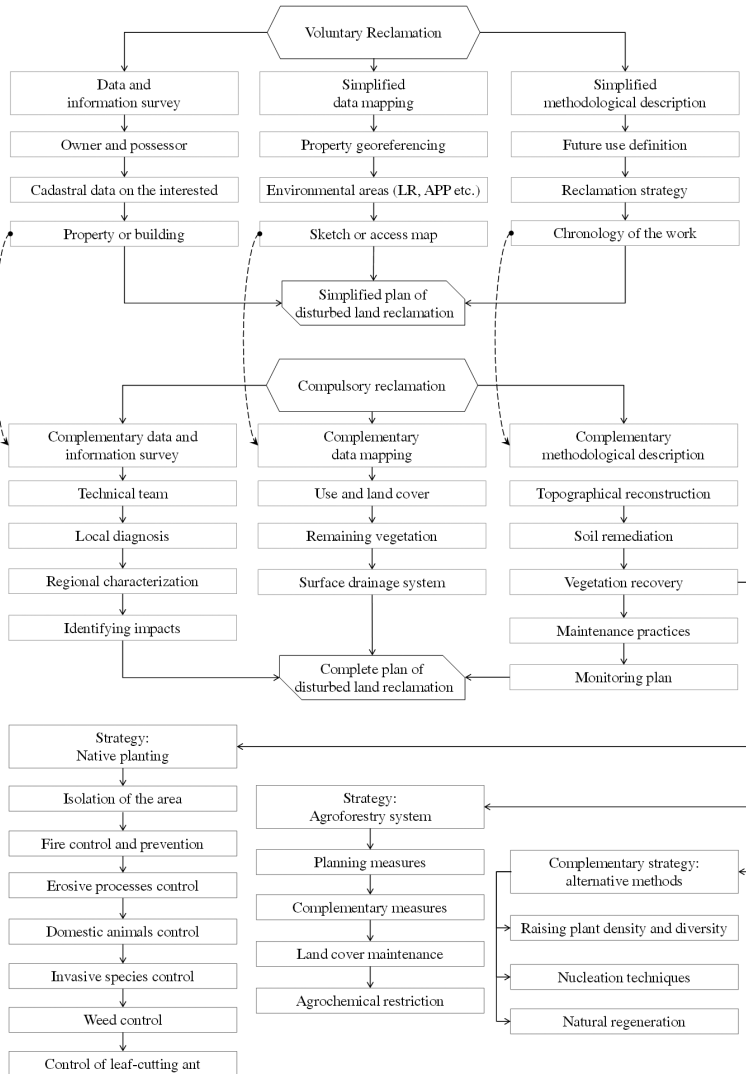
As a minimum content, the PRAD must include information about the physical environment, the occurrence of natural remnants in the region, the surrounding area occupation and use, the degradation history, the methods for elimination of the impending factors and for the conduction of the natural regeneration process, in addition to the maintenance practices for the recovered area.

In the Figure 4 analysis below, it should also be described how the recovery monitoring will be carried out, considering the establishment and development of the forest cover, the increase of the species richness, the evidence of erosion processes (silting, furrows, ravines, gullies etc.), as well as the occurrence of disturbances (anthropic or natural).

As for the property environmental regularization, the main demands deal with the recovery of the especially protected areas, particularly the areas of permanent preservation (APP) and legal reserve

(RL), for which the Normative Instruction MMA 5 (2009) set the applicable procedures (BRASIL, 2009), with supplement by CONAMA Resolution 429 (2011) that deals specifically with the preservation areas considered as social interest (BRASIL, 2011).

Figure 4 - Scope and operational procedures of a reclamation plan



According to the regulations from the Ministry of the Environment (MMA), the APP and RL recovery does not depend on prior authorization from the competent environmental organ, but can be communicated to this, providing the basic information as the property owner data and the property or possession data; the property and the areas to be restored georeferenced localization; as well as the simplified recovery methods to be adopted, including the implementation chronogram. However, in the non-voluntary recovery cases, that is, those arising from licensing submission, compliance with legal obligations or conduct adjustment, the PRAD must be previously approved by the competent organ. In these cases, the plan should be supplemented with mapping and characterization of land use and cover, remnants of native vegetation and natural surface drainage network in the area to be reclaimed.

The methodology presentation and justification are also required, including the quantity of native species to be planted and the proposal for the natural recovery process implementation. Practices for preventing degradation factors, such as area insulation or enclosure, fire prevention, invasive vegetation competition, erosion control, should also be reported. Finally, the plants threatened with extinction in the region, as well as the maintenance practices in the recovered area and the implementation schedule should be previously approved in the environmental organ.

If the induction and conduction of the natural regeneration is proposed, the number of the species and individuals per hectare (planted or germinated) should be values close to those of the local phytophysionomia, considering the increment of new plants starting from the regrowth.

As strategy for area maintenance, in the case of planting native species in line, the interweaving may be occupied by exotic herbaceous species of green manure or by annual crops, at most until the third year of implantation of the PRAD, which must be monitored for at least three years, although the competent organ may assess its effectiveness at any time.

Thus, the regulation foresees that the APP and RL recovery can be both through natural regeneration and planting native species (seedlings, seeds, cuttings, etc), in an isolated or conjugate way, as well as with the use of the SAF. However, dealing with APP, there can be no impairment of its environmental structure and functions, particularly: the stability of slopes and the banks of bodies of water; maintenance of flora and fauna corridors;

maintenance of drainage and water courses; biota maintenance; and waters quality maintenance.

In the case of the recovery of the social interest permanent preservation areas it should be observed the methodology disposed in the CONAMA Resolution 429 (2011), however it adopts the same guidelines established by the MMA regulation, whose minimum requirements are summarized in the Table 3.

Table 3 – Synthesis of the minimum requirements according to the recovery strategies

RAD Measures of implantation, maintenance and monitoring	Strategy		
	Natural Regeneration	Native Planting*	Agroforestry system
Protection with area insulation or enclosure	X	X	X
Control and eradication of ruder and exotic invasive vegetation species	X	X	X
Measures of prevention, firefighting and control	X	X	X
Preparation of the soil and erosion control	X	X	X
Prevention and control of domestic animals access	X	X	
Conservation and attraction of seed dispersers native animals	X	X	
Crowning, weed control, cutting ants and fertilization		X	X
Compatibility with local phytophysiognomy		X	
Space distribution considering functional groups		X	
Maintenance of the native physiognomy, maintaining land cover			X
Establishment of 500 individuals/ha with 15 perennial native species			X
Limitation of agrochemicals use, prioritizing green fertilization			X
Restriction of the area use for grazing domestic animals			X
Ensure the maintenance of the preservation area environmental function			X
Consortium of non-invasive perennial species, native or exotic, for the production and collection of non-timber products			X

*whether conjugate or not with the natural regeneration.

Ultimately, although the ABNT Resolution 13030 (1999) does not represent mandatory legal disposition, it provides technical subsidies that enable the enterprise environmental management, and can be voluntarily adopted without prejudice to the compliance with the applicable legal determinations (BRASIL, 1999). Some orientation can be highlighted, concerning differences between this regulation and the above discussed guidelines. Using widely the local constitution and behavioral characteristics is one of the relevant particulars, aiming at the economy and effectiveness, as well as the area future performance. Another relevant differential is the evaluation of the environmental impacts and effects in the implementation, operation, abandonment and deactivation phases of the enterprise in the areas under its direct and indirect influence.

CONCLUSION

From the regulations discussed above, it was verified that the environmental recovery is widely normalized, both in the federal and the state of São Paulo, addressed in this study given its relevance as a reference of supplementary legislation in the national scenario paulista. In this sense, it was verified that the environmental recovery legal regime has sought its effectiveness through the conditioning for the regularization of properties, as well as for licensing environment-changing activities. In addition, with no prejudice to the other applicable sanctions, environmental damages repair is also one of the main requirements of the regulatory regime.

Thus, the results achieved corroborate the hypothesis that the recovery of degraded areas is among the main strategies of the environment public policies in Brazil. On the other hand, it was also seen that, in addition, this number of regulations still lacks some alignment, both in the conceptual-theoretical aspects and the operational procedures that are constantly changing.

Therefore, considering the moment when Brazil is preparing a new Forest Code, the hope is that the systemic and multidisciplinary approach, presented herein, may contribute for reducing the existing gap between the technical-scientific and the legal components, as well as for the debate and mobilization needed to harmonize the applicable guidelines to the environmental recovery as strategy for sustainability.

REFERENCES

APARICIO, P. S.; SOTTA, E. D.; GUEDES, M. C.; APARÍCIO, W. C. S.; OLIVEIRA, L. P.; SOUZA, R. N. Níveis de regeneração natural em floresta de terra firme no Amapá Brasil. *Revista Árvore*, v. 38, n. 4, p. 699-710, 2014.

ARONSON, J.; BRANCALION, P. H. S.; DURIGAN, G.; RODRIGUES, R. R.; ENGEL, V. L.; TABARELLI, M.; TOREZAN, J. M.; GANDOLFI, S.; MELO, A. C. G.; KAGEYAMA, P. Y.; MARQUES, M. C. M.; NAVE, A. G.; MARTINS, S. V.; GANDARA, F. G.; REIS, A.; BARBOSA, L. M.; SCARANO, F. R. What Role Should Government Regulation Play in Ecological Restoration? Ongoing Debate in São Paulo State, Brazil? *Restoration Ecology*, v. 19, n. 6, p. 1-6, 2011.

ASSIS, G. B.; SUGANUMA, M. S.; MELO, A. C. G.; DURIGAN, G. Uso de espécies nativas e exóticas na restauração de matas ciliares no Estado de São Paulo (1957-2008). *Revista Árvore*, v. 37, n. 4, p. 599-609, 2013.

BALIM, A. P. C.; MOTA, L. R.; SILVA, M. B. O. Complexidade ambiental: o repensar da relação homem-natureza e seus desafios na sociedade contemporânea. *Revista Veredas do Direito*, v. 11, n. 21, p. 163-186, 2014.

BARBOSA, E. M.; NÓBREGA, M. F. O direito ambiental em perspectiva: da hermenêutica-sistêmica ao saber ambiental. *Revista Veredas do Direito*, v. 10, n. 20, p. 179-205, 2013.

BEDRAN, K. M.; MAYER, E. A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral. *Revista Veredas do Direito*, v. 10, n. 19, p. 45-88, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução nº. 01 de 1986*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução nº. 429 de 2011*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=644>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente. *Instrução n.º 04 de 2011*. Disponível em: <[www.diariodasleis.com.br /busca/exibelinck.php?numlink=216807](http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=216807)>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Instrução n.º 05 de 2009*. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/ambiente/legislacao/id4914.htm>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Lei Federal n.º 6938 de 1981*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Lei Federal n.º 9605 de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Lei Federal n.º 9795 de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/l9795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm)>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Lei Federal n.º 9985 de 2000*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/l9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm)>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Lei Federal n.º 12651 de 2012a*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/l9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm)>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto Federal n.º 7830 de 2012b*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7830.htm>. Acesso em 01 fev. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto Federal n.º 97.632 de 1989*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/decreto/1980-1989/D97632.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D97632.htm)>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRESSANE, A.; MOCHIZUKI, P. S.; ROVEDA, J. A. F.; SALVADOR, N. N. B. Sistema de apoio à gestão de áreas verdes na preservação permanente

de corpos hídricos urbanos. *Revista Ciência Florestal*, v. 26, n. 3, p. 957-969, 2016.

BRESSANE, A. ROVEDA, J. A. F. ROVEDA, S. R. M. M. MOCHIZUKI, P. S. MARTINS, A. C. G. MEDEIROS, G. A. PECHE FILHO, A.; RIBEIRO, A. I. Aplicação do processo analítico hierárquico na construção de um sistema fuzzy de apoio ao planejamento do uso futuro na recuperação de áreas degradadas: estudo de uma cava mineral na Serra do Japi. *Revista Geociências*, v. 34, n. 1, p. 82-102, 2015a.

BRESSANE, A.; MOCHIZUKI, P. S.; ROVEDA, J. A. F.; ROVEDA, S. R. M. M.; MEDEIROS, G. A.; RIBEIRO, A. I.; MARTINS, A. C. G. Sistema de apoio à gestão de áreas verdes urbanas. *Revista da Sociedade Brasileira de Arborização Urbana*, v. 10, n. 1, p. 30-42, 2015b.

CARVALHO, P. A. S. A questão da interpretação das leis. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

CERAD. COORDENADORIA ESPECIAL DE RESTAURAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS. *Políticas Públicas para Restauração Ecológica e Conservação da Biodiversidade*. São Paulo: CERAD, 2013.

DERANI, C.; SOUZA, K. S. Instrumentos econômicos na política nacional do meio ambiente: Por uma economia ecológica. *Revista Veredas do Direito*, v. 10, n. 19, p. 247-272, 2013.

DUBOIS, S. M.; MOROSINI, F. C. Mudanças climáticas: os desafios do controle do direito internacional ambiental e do protocolo de Kyoto em particular. *Revista Veredas do Direito*, v. 13, n. 26, p. 195-210, 2016.

DURIGAN, G.; ENGEL, V. L.; TOREZAN, J. M.; MELO, A. C. G.; MARQUES, M. C. M.; MARTINS, S. V.; REIS, A.; SCARANO, F. R. Normas jurídicas para a restauração ecológica: uma barreira a mais a dificultar o êxito das iniciativas? *Revista Árvore*, v. 34, n. 3, p. 471-485, 2010.

FAO. FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. *Global Forest Resources Assessment: Main report*. Rome: FAO, 2010.

GOULART, L. H.; FERNANDES, J. L. direito à propriedade e ao meio

ambiente ecologicamente equilibrado: a colisão de direitos fundamentais. *Revista Veredas do Direito*, v. 9, n. 17, p. 133-161, 2012.

HOSHI, S. S. C. A carta da terra e o princípio da integridade ecológica. *Revista Veredas do Direito*, v. 9, n. 17, p. 31-60, 2012.

IBAMA. INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE. *Manual de recuperação de áreas degradadas pela mineração*. Brasília: IBAMA, 1990.

JAQUES, M. D. A tutela internacional do meio ambiente: um contexto histórico. *Revista Veredas do Direito*, v. 11, n. 22, p. 299-315, 2014.

LEAL FILHO, N.; SANTOS, G. R.; FERREIRA, R. L. Comparando técnicas de nucleação utilizadas na restauração de áreas degradadas na Amazônia brasileira. *Revista Árvore*, v. 37, n. 4, p. 587-597, 2013.

NOBRE, A, D. *O Futuro Climático da Amazônia: Relatório de Avaliação para a Articulação Regional Amazônica*. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2013.

PAVONI, R.; PISELLI, D. The sustainable development goals and international environmental law: normative value and challenges for implementation. *Revista Veredas do Direito*, v. 13, n. 26, p. 13-60, 2016.

PRIMACK, R. B.; RODRIGUES, E. *Biologia da Conservação*. Londrina: E. Rodrigues, 2001.

RIBEIRO, A. I.; LONGO, R. M.; FENGLER, F. H.; MEDERIOS, G. A.; BRESSANE, A.; CROWLEY, D. E.; MELO, W. J. Use of self-organizing maps in the identification of different groups of reclamation sites in the amazon forest-Brazil. *International Journal of Sustainable Development and Planning*, v. 11, n. 6, p. 827-833, 2016.

SÃO PAULO (estado). Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo. Resolução SMA 51 de 2006. *PRAD para o licenciamento de atividades minerais*. Disponível em: <http://www.cetesb.sp.gov.br/licenciamento/documentos/2006_Res_SMA_51.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2016.

SÃO PAULO (estado). *Resolução SMA 08 de 2008*. Orientação para o reflorestamento de áreas degradadas. Disponível em: <<http://www.cetesb>

sp.gov.br/licenciamento/ documentos/2008_Res_SMA_08.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2016.

SÃO PAULO (estado). *Resolução SMA n.º 32 de 2014*. Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/legislacao/resolucoes-sma/resolucao-sma-32-2014/>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

SOARES-FILHO, B. S.; NEPSTAD, D. C.; CURRAN, L.; CERQUEIRA, G. C.; GARCIA, R. A.; RAMOS, C. A.; VOLL, E.; MCDONALD, A.; LEFEBVRE, P.; SCHLESINGER, P.; SOLLBERG, I.; SCHIAVETTI, A.; MORAES, M. E. B. Manejo agrícola no refúgio de vida silvestre de una: agroflorestas como uma perspectiva de conservação. *Revista Árvore*, v.38, n.2, p.241-250, 2014.

SOUZA, P. R. P. Os princípios do direito ambiental como instrumentos de efetivação da sustentabilidade do desenvolvimento econômico. *Revista Veredas do Direito*, v. 13, n. 26, p. 289-317, 2016.

SOUZA, L. R.; HARTMANN, D.; SILVEIRA, T. A. Dano ambiental e a necessidade de uma

atuação proativa da administração pública. *Revista Veredas do Direito*, v. 12, n. 24, p. 343-373, 2015.

VON BERTALANFFY, L. *General system theory*. New York: George Brazillier, 1968.

WEBER, C. A política ambiental e criminal no estado ambiental. *Revista Veredas do Direito*, v. 11, n. 22, p. 113-142, 2014.

Article received on: 22/11/2016.

Article accepted on: 02/12/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

BRESSANE, Adriano; RIBEIRO, Admilson Írio; MEDEIROS, Gerson Araújo. Environmental Reclamation as Strategy for Sustainability. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 109-133 , set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/931>>. Acesso em: dia mês. ano.

ANÁLISE DA DECISÃO CAUTELAR SOBRE A UTILIZAÇÃO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (ADI Nº 3.540/2005) À LUZ DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE MACCORMICK

Ana Maria D'Ávila Lopes

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).
Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.
Email: anadavilopes@yahoo.com.br

Diego Monte Teixeira

Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Universidade de Fortaleza (UNIFOR).
Analista do Ministério Público da União/Apoio Jurídico/Direito
Email: diegomontet@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar, à luz da teoria argumentativa de MacCormick, a decisão cautelar prolatada na ADI nº 3.540/2005, na qual se decidiu pela constitucionalidade da Medida Provisória no 2.166/2001, que regulamentou o uso das Áreas de Preservação Permanente. Para tal, realizou-se pesquisa na doutrina, legislação e jurisprudência nacionais, concluindo-se que a decisão não foi universalizável, já que se deu de forma excepcional em termos de admitir a regulamentação de um dispositivo do art. 225 da Constituição Federal por meio de Medida Provisória. Não foi também consistente, eis que os argumentos sistêmicos utilizados no voto do Ministro-Relator, com os quais concordou a maioria dos Ministros, mostraram-se contraditórios, e também não foi coerente, porque a invocação de alguns dispositivos constitucionais de caráter abstrato para fundamentá-la, por si só, não asseguraram que houve a inviolabilidade de outras normas do ordenamento. Se a decisão não está baseada em argumentos universalizáveis, consistentes e coerentes não pode ser considerada uma solução adequada, nem legítima, no Estado Democrático de Direito, e tampouco deve servir para orientar a análise de casos aparentemente simi-

lares como os veiculados nas ADIs nº 4901, nº 4902 e nº 4903 relativos ao novo Código Florestal.

Palavras-Chave: Áreas de Preservação Permanente; Argumentação Jurídica; MacCormick.

*ANALYSIS OF PRECAUTIONARY DECISION ABOUT THE USE OF
PERMANENT PRESERVATION AREAS (ADI NO. 3.540/2005) IN
LIGHT OF MACCORMICK'S ARGUMENTATIVE THEORY*

ABSTRACT

The present work aims to analyse, in the light of MacCormick's argumentative theory, the precautionary decision issued at ADI no. 3,540/2005, in which it was decided the constitutionality of Provisional Measure no. 2,166/2001, which regulated the use of Permanent Preservation Areas. To this end, a bibliographical, documentary and jurisprudential research was made, and it was concluded that the decision was not universalizable, since it occurred in an exceptional way in terms of admitting the regulation of a provision of art. 225 of the Federal Constitution by a Provisional Measure. It was also not consistent, because the systemic arguments used in the vote of Minister-Rapporteur, with which agreed most Ministers, were contradictory. It was also not coherent because the invocation of some abstract constitutional norms to support it, by itself, do not ensure that there was not the violation of other norms. If the decision is not based on universalizable, consistent and coherent arguments, can not be considered an adequate or legitimate solution in a Democratic State of Law, and should not serve to guide the analysis of seemingly similar cases as referred to in ADIs nº 4901, nº 4902 and nº 4903 on the new Forest Code.

Keywords: *Permanent Preservation Area; Juridical Argumentation; MacCormick.*

INTRODUÇÃO

Na iminência do julgamento de três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs nº 4.901/2013, nº 4.902/2013 e nº 4.903/2013) com pedidos de liminar, nas quais o Procurador-Geral da República questiona diversos dispositivos do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), mister que a doutrina analise a argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da decisão cautelar proferida na ADI nº 3.540/2005, na qual decidiu pela manutenção da validade da Medida Provisória nº 2.166-67, na parte em que alterou a redação do art. 4º, caput, e §§1º a 7º da Lei nº 4.771/1965 (antigo Código Florestal), para permitir a utilização de Áreas de Preservação Permanente, em casos excepcionais.

A problemática levantada nas ADIs nº 4901, nº 4902 e nº 4903, a relação entre o desenvolvimento econômico do Estado (art. 3º, II, c/c art. 170, VI da Constituição Federal de 1988) e a proteção do meio ambiente ecologicamente protegido (Art. 225 da Constituição Federal de 1988), é a mesma que foi levantada na decisão cautelar da ADI nº 3.540/2005, o que poderia levar o intérprete a uma açodada remissão aos seus fundamentos quando da análise dos casos que agora chegam à apreciação do Pretório Excelso, como se fossem situações semelhantes.

Diante desse panorama, este artigo tem por objetivo analisar os argumentos da decisão cautelar prolatada na ADI nº 3.540/2005, em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, negou referendo à decisão do Ministro Presidente que havia suspenso a eficácia e aplicabilidade dos dispositivos questionados da Medida Provisória nº 2.166/2001. Tais dispositivos permaneceram em vigor até 2012, quando foram revogados juntamente com a Lei nº 4.771/1965 (antigo Código Florestal), pela Lei nº 12.651/2012 (novo Código Florestal), fato que também ensejou a perda superveniente do objeto da ADI nº 3.540/2005.

O cotejo da decisão se dá com base na teoria de Neil MacCormick que propõe parâmetros para identificar a correção de decisões em situações práticas e complexas. Para tanto, o trabalho se encontra assim estruturado: primeiro, apresenta-se um breve esboço sobre a teoria de Neil MacCormick quanto aos argumentos interpretativos; em seguida, efetua-se um levantamento dos argumentos linguísticos, sistêmicos e teleológicos da decisão do STF; ao final, avalia-se se foram atendidos os requisitos da universalidade, consistência e coerência, para aferir a correção da decisão do STF quanto ao raciocínio que a justifica.

1 UM BREVE ESBOÇO DA TEORIA DE NEIL MACCORMICK SOBRE OS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS

No art. 93, inc. IX da Constituição Federal de 1988, estabelece-se que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Trata-se de dispositivo decorrente do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, no qual só podem ser consideradas legítimas as decisões que se fundam em um convencimento racional dos jurisdicionados. Nesse sentido, para Moreira (1998, p. 90), o controle extraprocessual deve ser exercido, antes de mais nada, pelos próprios jurisdicionados *in genere*, sendo tal controle uma condição essencial para que o fortalecimento da confiança na tutela jurisdicional, enquanto fator da coesão social e da solidez das instituições.

Nesse contexto, ganham relevo as teorias argumentativas que objetivam propor parâmetros para aferir se uma decisão foi proferida de forma justificada ou não. Dentre essas, destaca-se a desenvolvida por Neil MacCormick.

MacCormick considera a argumentação jurídica uma ramificação da argumentação prática, tanto quando uma decisão é tomada a partir do raciocínio dedutivo da norma (silogístico), como quando são usados outros elementos não dedutivos, como acontece em determinados casos difíceis (MACCORMICK, 2006, p. IX). Nestes últimos casos, a justificação da escolha entre possíveis deliberações rivais dentro do mesmo sistema jurídico operante torna-se crítica (MACCORMICK, 2006, p. 127-129).

Afirma MacCormick (2010, p. 70-75) que, ao dar preferência a uma das possíveis leituras em torno do sentido de alguma disposição legal, o intérprete e aplicador do Direito se utiliza dos seguintes tipos de argumentos interpretativos: linguísticos, sistêmicos e teleológico-avaliativos. Em síntese, os argumentos linguísticos se dividem entre os que se ocupam do significado ordinário do termo utilizado no texto jurídico (linguagem comum) e os que se ocupam com o vocabulário especializado da proposição normativa (linguagem técnica). Os argumentos sistêmicos são aqueles orientados para a compreensão das disposições normativas como parte do sistema jurídico, divididos em: a) a harmonização contextual; b) o argumento de precedente; c) a analogia; d) o lógico-conceitual (conceito geral já reconhecido na doutrina); e) os princípios gerais do Direito; f) o argumento histórico. Os argumentos teleológicos são os que se referem à finalidade de determinadas disposições normativas a partir da presunção

de que foram produzidas por um legislador racional. (MACCORMICK, 2010, p. 70-74).

Tendo em vista a possibilidade de conflitos entre esses tipos de argumentos, MacCormick (2010, p. 75) afirma que se deve começar pelos argumentos linguísticos, passando em seguida para os sistêmicos, e só recorrer aos teleológicos quando os outros tipos de argumentos forem insuficientes. Haveria, assim, uma espécie de “regra de ouro”, criada por parte da doutrina escocesa e inglesa, que atuaria como uma máxima de sabedoria prática, no sentido dar prioridade aos argumentos linguísticos, restando os argumentos teleológicos como último caso.

Contudo, alerta MacCormick (2010, p. 76), em alguns casos, seria incorreto deixar os argumentos teleológicos para o final, notadamente quando tal prática pudesse gerar injustiça em relação a um princípio de justiça reconhecido juridicamente ou quando frustrasse os objetivos das políticas públicas perseguidos pela legislação.

Em face dessas considerações, ficaria a cargo do julgador saber como manejar os diversos tipos de argumentos, de sorte a guardar um equilíbrio entre eles (LOPES; BENÍCIO, 2015, p. 44).

2 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS UTILIZADOS NA ADI Nº 3.540/2005

As Áreas de Proteção Permanente - APPs foram criadas pelo atualmente revogado Código Florestal, Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965, no art. 1º, §2º, inciso II, “com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas” (BRASIL, 1965).

Em 2001, editou-se a Medida Provisória nº 2.166-67 (BRASIL, 2001), que alterou a redação do art. 4º do citado Código de forma a permitir a supressão de vegetação nas APPs, nos casos de utilidade pública ou interesse social. Paralelamente, a Medida Provisória incluiu os incisos IV e V no §2º do artigo 1º, nos quais definiram-se o que deveria ser entendido por utilidade pública e interesse social. Já nos sete parágrafos do art. 4º, foram previstos outros casos excepcionais de intervenção humana, incluindo as situações em que seria necessária apenas a autorização do órgão de proteção ambiental federal¹, estadual e municipal, contrariando o art. 225, §1º,

¹ Em 2006, o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA editou a Resolução nº 369, na qual

inc. III da Constituição Federal de 1988 - CF/88 (BRASIL, 1988), no qual se estabelece que cabe ao Poder Público: “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas **somente através de lei**, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (grifo nosso).

Em face dessa situação, o Procurador Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.540/2005, perante o Supremo Tribunal Federal - STF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello (STF, 2005). Na ocasião, foi feito o pedido de liminar tendo sido inicialmente deferido pelo Ministro Nelson Jobim, Presidente do Tribunal, em razão do pedido ter sido realizado no período de férias forenses. Finalizadas as férias e retomados os trabalhos, os Ministros pronunciaram-se sobre a cautelar.

A seguir, apresenta-se uma análise dos argumentos utilizados pelo Procurador Geral da República, autor da ADI nº 3.540/2005, para defender a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.166-67, na parte em que conferiu a redação do art. 4º, caput, e §§1º a 7º da Lei nº 4.771/65, assim como os argumentos invocados pelos Ministros do STF, na decisão cautelar prolatada em 1 de setembro de 2005. A análise é realizada à luz da teoria de Neil MacCormick, distinguindo, portanto, os argumentos interpretativos linguísticos, sistêmicos e teleológicos utilizados.

a) Argumentos do Procurador-Geral da República

- *Argumento linguístico*: a Medida Provisória nº 2.166-67/2001, na parte em que conferiu a redação do art. 4º, caput, e §§1º a 7º da Lei nº 4.771/1965, violou o art. 225, §1º, III, da CF/88 que exige que os atos de modificação e/ou de supressão dos espaços territoriais especialmente protegidos se submetam ao postulado da reserva absoluta de lei em sentido formal.

- *Argumento sistêmico*: a competência para autorizar a alteração e a supressão de Área de Preservação Permanente (APP), espécie do gênero espaço territorial especialmente protegido, é exclusiva do Poder Legislativo, não sendo tal competência objeto de delegação à autoridade administrativa.

- *Argumento teleológico*: o art. 225 da CF/88 determina a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a Medida Provisória

regulamentou os casos excepcionais de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em APP.

nº 2.166-67/2001, na parte em que conferiu a redação do art. 4º, caput, e §§1º a 7º da Lei nº 4.771/1965, tem a finalidade oposta, uma vez que permite a utilização de APPs em determinados casos.

b) Argumentos do Ministro Celso de Mello (Relator)

- *Argumento linguístico*: somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos é que se qualificam, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, 1º, III da CF/88, como matérias sujeitas ao princípio da reserva de lei formal, não abrangendo os casos de supressão da vegetação nelas existentes.

- *Argumentos sistêmicos*: i) O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado figura na categoria dos direitos de terceira geração, conforme doutrina de Celso Lafer e de Paulo Affonso Leme Machado, além de precedente do próprio STF (RTJ 158/205-206); ii) Há um vínculo entre o meio ambiente ecologicamente equilibrado e o gozo de condições de vida adequada ao gênero humano, de modo que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, tal qual o disposto na Declaração de Estocolmo sobre meio ambiente de 1972, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), além da abordagem doutrinária de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e de José Afonso da Silva; iii) A doutrina entende que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto patrimônio público, qualifica-se como encargo irrenunciável do Poder Público e da coletividade que se impõe sempre em benefício da presente e das futuras gerações. Exemplos de doutrinadores citados: Maria Sylvia Zanella de Pietro e Luis Roberto Barroso; iiiii) A doutrina defende que os ordenamentos jurídicos nacionais e as formulações no plano internacional não mais estão alheios a realidade que qualifica o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como de titularidade coletiva. Exemplo de doutrinadores citados: José Francisco Rezek e José Afonso da Silva; iiiiii) A Medida Provisória nº 2.166-67/2001 foi editada com absoluta fidelidade a tais valores constitucionais e a prática dos últimos quatro anos (conforme manifestações apresentadas por *amici curiae*) não resultou em efeito predatório ao patrimônio ambiental.

- *Argumentos teleológicos*: i) A superação do antagonismo entre o imperativo de desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF/88) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (art. 225, CF/88), depende da situação concreta, dos interesses e direitos postos em situação

de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo o princípio do desenvolvimento sustentável, tal como formulado na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92 e reconhecido na doutrina. Doutrinadores citados: Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Luís Paulo Sirvinskas, Marcelo Abelha Rodrigues, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, Daniel Sarmiento, Luís Roberto Barroso, José Carlos Vieira de Andrade, J. J. Gomes Canotilho, Edilsom Pereira de Farias, Wilson Antônio Steinmez e Suzana de Toledo Barros; ii) Os dispositivos questionados, longe de comprometer os valores consagrados no art. 225 da CF/88, estariam a estabelecer mecanismos de controle pelo Estado das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente.

c) Argumentos do Ministro Nelson Jobim (Presidente do STF)

- *Argumento linguístico*: as alterações e a supressão referidas no inciso III do §1º do art. 225 da CF/88 dizem respeito à própria constituição do espaço geográfico, abrangido pela área de preservação e não à supressão da vegetação nelas existente.

- *Argumento sistêmico*: o STF, no caso da Chapada dos Veadeiros, teria assentado que não só a supressão da área de preservação, como também a alteração no seu desenho topográfico deveria ser objeto de lei, não ficando ao alvedrio do Poder Executivo. Contudo, no caso em espécie, o objeto dos dispositivos questionados seria apenas a forma pela qual se viabilizaria a exploração de área estabelecida de preservação ambiental.

d) Argumentos do Ministro Eros Grau

- *Argumento linguístico*: a manifestação do legislativo, a que se refere o inciso III do §1º do art. 225 da CF/88 diz respeito às alterações e supressões de espaços territoriais especialmente protegidos, não à vegetação existente nessas áreas.

e) Argumentos do Ministro Carlos Britto

- *Argumentos linguísticos*: i) O termo “suprimir” equivale a extinguir, extirpar, arrancar, erradicar, eliminar. Já o termo “vegetação” seria o coletivo de vegetal, ou todo um conjunto de espécimes botânicas; ii) A parte final do inciso III do §1º, do art. 225 da CF/88 institui uma limitação constitucional para o próprio Legislativo, ou seja, até mesmo via lei seria vedada qualquer utilização que compromettesse a integridade dos atributos do espaço protegido.

- *Argumento sistêmico*: quando se trata de caso de desapropria-

ção de um bem individual, quem define, quem lista as hipóteses de interesse social, de utilidade social, de necessidade pública, é a lei, lei formal. Enquanto que, no caso sob apreciação, a Medida Provisória delegou tudo ao critério das entidades administrativas;

- *Argumento teleológico*: perpassa por toda a Medida Provisória nº 2.166-67/2001 um espírito de leniência, frouxidão, de tal maneira que até a vegetação que protege as nascentes poderão ser suprimidas.

f) Argumentos do Ministro Cezar Peluso

- *Argumento linguístico*: a primeira oração do período do texto do art. 225, §1º, III da CF/88 trata da alteração e supressão do espaço especialmente protegido, enquanto que a segunda trata do uso do espaço. Assim, a Constituição só impõe a exigência de lei à alteração e à supressão do espaço, o que não seria o caso da Medida Provisória questionada, que apenas está regulando o uso.

- *Argumento teleológico*: a interpretação literal acima mencionada também corresponde à racionalidade da norma do art. 225, §1º, III da CF/88, primeiro porque se não fosse assim, ficariam inviabilizados uma série de projetos, de atividades e de obras de interesse público e de caráter urgente, pela ausência de uma regulamentação legal; segundo porque seria mais fácil controlar a prática de um ato administrativo do que a edição de uma lei em sentido formal.

g) Argumentos da Ministra Ellen Grace

- *Argumento sistêmico*: às razões do voto do Ministro Relator, somaram-se aquelas apresentadas pelos *amici curiae*, quando elencaram um grande número de iniciativas de obras importantes que estariam inviabilizadas pela manutenção da medida liminar concedida na decisão sob referendo do Plenário.

h) Argumentos do Ministro Marco Aurélio

- *Argumento linguístico*: o vocábulo “alteração” tem significado vernacular próprio, sendo que o constituinte de 1988 não estabeleceu exceções quanto ao objeto dessa alteração. Assim, onde a CF/88 exige a existência de lei, não se pode admitir que a alteração possa ocorrer por meio de Medida Provisória.

- *Argumentos sistêmicos*: i) Não competia ao Chefe do Poder Executivo disciplinar matéria que podia implicar prejuízo irreversível, além dos requisitos de urgência e relevância para a edição de uma medida provisória não estarem presentes, considerando que o Código Florestal estava em vigor há muitos anos; ii) Ocorreu vício formal na normatização da

matéria, a qual deveria ter passado pelo crivo dos representantes do povo brasileiro - os deputados federais, e pelos representantes dos Estados - os senadores; iii) Todos os dispositivos do art. 225 remetem sua regulação a lei em sentido formal e material, sendo que jamais o STF teria assentado ser possível a regulamentação, em si, da CF/88 via medida provisória; iiiv) O dispositivo do inciso III, do §1º do art. 225 da CF/88 está direcionado, necessariamente, à edição de uma lei que, apreciadas as circunstâncias envolvidas no projeto respectivo, abra exceção à preservação, à intangibilidade do espaço territorial que se tenha como protegido.

- *Argumento teleológico*: sopesando os valores relativos ao desenvolvimento econômico e a preservação visada pela CF/88, encontra-se risco maior na manutenção da Medida Provisória nº 2.166-67/2001.

i) Argumentos do Ministro Sepúlveda Pertence

- *Argumento sistêmico*: reportou-se ao voto do Ministro Relator na parte que afirma que a Medida Provisória substituiu a redação original do Código Florestal, que seria mais aberta do que a redação da própria Medida Provisória nº 2.166-67/2001.

j) Argumentos constantes na Ementa da Decisão

- *Argumento linguístico*: somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da CF/88, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal.

- *Argumentos sistêmicos*: i) Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano; ii) Incumbe ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual; iii) O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral; iiiv) A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF/88, art. 170, VI); iiiv) Os instrumentos jurídicos de

caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural; iiiii) O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações;

- *Argumentos teleológicos*: i) A Medida Provisória nº 2.166-67/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do antigo Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da CF/88, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das APPs, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão; ii) É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF/88, art. 225, § 1º, III).

3 A APLICAÇÃO DOS REQUISITOS DE UNIVERSABILIDADE, CONSISTÊNCIA E COERÊNCIA PROPOSTOS POR MACCORMICK

Se de um lado concorda-se com Streck (2014, p. 19), no sentido de que o grande desafio da doutrina brasileira atual é estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional, constata-se que, mesmo os principais defensores da possibilidade de uma argumentação dedutiva do texto da lei, como Alexy e MacCormick, reconhecem a insuficiência dessa dedução nos chamados casos difíceis. Do mesmo modo, até positivistas como H.L.A Hart reconhecem a existência de determinados casos nos quais o Direito não fornece diretamente os elementos para uma decisão (TOMAZETTE, 2011, p. 163).

Conforme apontado no tópico 2, o caso da ADI nº 3.540/2005 é mais um dos típicos *hard cases*, em que não há como se deduzir da letra da Lei a decisão a ser tomada. Diante de casos como este, Neil MacCormick propõe uma justificação de segunda ordem, de sorte que a decisão deve observar os requisitos de universabilidade, consistência e coerência (MACCORMICK, 2008, p. 247).

O requisito da universabilidade se dá a partir da aplicação do princípio da igualdade, de forma a impedir, em linha de princípio, decisões diferentes para situações semelhantes. Isso porque “a noção de justiça formal exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao atual” (MACCORMICK, 2006, p. 126).

Pelo requisito da consistência, a decisão deve se apoiar em argumentos que não se contradigam entre si (LOPES; BENÍCIO, 2015, p. 50). Para Atienza (2006, p. 128), o requisito da consistência deve ser estendido à premissa fática, de tal maneira que a decisão esteja de acordo com a realidade apresentada em termos de prova. A análise desse aspecto, entretanto, não será necessária para o cotejo dos argumentos da medida cautelar na ADI nº 3.540/2005, por se tratar de controle abstrato de constitucionalidade em que a matéria discutida é, eminentemente, de direito.

O requisito da coerência, por sua vez, exige que as várias normas de um sistema façam sentido quando consideradas em conjunto (MACCORMICK, 2006, p. 197), ou seja, o critério da coerência diz respeito à

justificação da decisão no contexto geral do sistema jurídico.

Concluindo com Martins, Roesler e Jesus (2011, p. 214-215), há duas distinções importantes entre consistência e coerência para Neil MacCormick: a primeira diz respeito à consistência ligada à ideia de não contradição lógica entre duas ou mais regras, enquanto que a coerência estaria presente quando o grupo de proposições, tomadas em seu conjunto, faz sentido como um todo; a segunda refere-se à ligação entre a ideia de coerência e o caráter valorativo do ordenamento jurídico, de forma que a coerência seria a “compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de um princípio comum”.

Dentro desse quadro, e a partir das tabelas constantes no tópico 2, passa-se a verificar se foram cumpridos os requisitos da universabilidade, consistência, e coerência na decisão cautelar proferida na ADI nº 3.540/2005.

3.1 Universabilidade

A partir de uma visão geral da decisão, ou seja, sem considerar os votos dos Ministros unitariamente, observa-se que a decisão cautelar proferida na ADI nº 3.540/2005 não cumpre com o requisito da universabilidade, haja vista ter sido a primeira e única vez que o Supremo Tribunal Federal admitiu, de forma excepcional, a possibilidade de regulamentação de um dos dispositivos do art. 225 da CF/88 por meio de uma medida provisória.

Tal aspecto restou esclarecido no Plenário com a argumentação do Ministro Marco Aurélio: “Incisos e parágrafos do artigo 225 remetem à lei [...] Jamais o Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a regulamentação, em lei, da Constituição Federal via medida provisória” (STF, 2005, p. 589).

Contudo, os votos de cada um dos Ministros, com exceção dos votos dos Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, admitem a possibilidade de diminuição do espectro de proteção de espaços especialmente protegidos por meio de uma medida provisória, apesar de terem sido criados com o claro propósito de assegurar a efetividade da higidez ambiental.

3.2 Consistência

O Ministro-Relator, Celso de Mello, foi o responsável pelo voto

condutor da decisão encampada pela maioria do Plenário, e o fez, como de costume, por meio de uma construção hermenêutica complexa e apoiado em doutrina abrangente sobre as questões ambientais.

No entanto, os argumentos utilizados pelo Ministro Celso de Mello na interpretação constitucional do art. 225, §1º, III da CF/88 revelaram-se contraditórios entre si e, mesmo assim, influenciaram a decisão da maioria de seus pares.

De início, o Ministro dedicou sete páginas do seu voto em defesa de uma interpretação sistemática do art. 225 da CF/88, elevando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao patamar de um direito fundamental de 3ª geração, cuja titularidade transcende o plano das presentes gerações e ultrapassa o âmbito nacional de proteção para ser fiel ao compromisso das Nações em prol de toda a Humanidade (STF, 2015, p. 542-548).

Aqui, observa-se a rica carga argumentativa do Ministro Celso de Mello, que bem divisa a força dúplice do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, concebido tanto como um direito humano, devendo ser assegurando no plano internacional, quanto como um direito fundamental, devidamente positivado e protegido na esfera constitucional brasileira.

Reforçou o Ministro-Relator esse entendimento ao citar no seu voto a Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente de 1972 e a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), juntamente com diversos posicionamentos doutrinários que reconhecem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano constante em documentos internacionais de hierarquia supralegal², que embora não possam ser utilizados como parâmetros para o controle de constitucionalidade, constituem fonte interpretativa para a compreensão e aplicação das normas nacionais em virtude da sua relevância para a proteção da dignidade humana.

Do mesmo modo, ao afirmar que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser “necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais” (STF, 2005, p. 547) deixou o Ministro Celso de Mello entrever o caráter indisponível desse direito, refletindo um dever não apenas moral, mas jurídico na transmissão de tal patrimônio para as futuras gerações. (MILARÉ, 2015, p. 175).

Logo, em seguida, quebrando a linha argumentativa que vinha

2 Conforme posicionamento do STF no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP (STF, 2008).

desenvolvendo em prol do referido direito fundamental, o Ministro Relator afirmou que a Medida Provisória nº 2.166-67/2001 guardava absoluta fidelidade aos valores constitucionais e que a prática dos quatro anos de vigência dessa norma não tinha evidenciado qualquer efeito lesivo e predatório ao patrimônio ambiental, tal qual argumentado pelos representantes do Poder Executivo que atuaram nos autos em defesa da constitucionalidade da citada Medida Provisória (STF, 2005, p. 549-556).

Ora, se a Medida Provisória nº 2.166-67/2001, na parte em que conferiu a redação do art. 4º, caput, e §§1º a 7º da Lei nº 4.771/1965, alterou a utilização das APPs, de maneira a relativizar o regime de preservação permanente em determinados casos, como dizer que tal norma estaria em conformidade com os valores constitucionais que preconizam o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado?

A permissão para a intervenção em áreas declaradas em lei como de preservação permanente, inexoravelmente, acarretará prejuízos ao meio ambiente, o que se poderia discutir – de um lado ou de outro – é se as intervenções nessas áreas seriam de tal monta a afetar o equilíbrio ambiental, e assim atingir ou não o núcleo do direito fundamental protegido, mas argumentos com esse feitiço não foram aprofundados pelos Ministros.

Aliás, um breve embate foi travado no Plenário, a partir do voto do Ministro Carlos Britto quando tentava levar a cabo uma interpretação conforme a CF/88 dos dispositivos da Medida Provisória nº 2.166-67/2001, de forma a evitar que os órgãos administrativos tivessem ampla discricionariedade para autorizar até a supressão da vegetação das APPs. O embate, entretanto, não se prolongou, na medida em que o Ministro Celso de Mello assentou que a própria cláusula constitucional (art. 225, §1º, III) veda qualquer utilização do espaço protegido que possa comprometer a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (STF, 2005, p. 576-579).

Já o Ministro Marco Aurélio manifestou que o termo “alteração” do espaço protegido, poderia, no caso sob apreciação, implicar a total supressão de vegetação em APP, representando uma alteração substancial, que não poderia ocorrer por meio de medida provisória (STF, 2005, p. 591).

Em síntese, após efetuar uma longa defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Ministro Relator Celso de Mello, sem analisar os benefícios das APPs para a efetividade do referido direito fundamental³ e os potenciais riscos que seriam causados a partir da previ-

3 As funções ambientais das APPs encontram-se previstas no art. 3º, II, do Código Florestal vigente:

são em Medida Provisória para a intervenção nessas áreas, concluiu que essa norma regulamentadora representaria um avanço no fortalecimento das medidas destinadas à preservação dos atributos que caracterizam as APPs.

O que se observa da leitura dos votos dos Ministros, na verdade, é que a Medida Provisória nº 2.166-67/2001 impugnada foi emitida para privilegiar o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF/88), tanto assim que o próprio Ministro-Relator destacaria mais tarde a existência de um permanente estado de tensão entre esse valor constitucional e o do equilíbrio ambiental, devendo ser ponderados em ordem a harmonizá-los, tendo como vetor interpretativo o princípio do desenvolvimento sustentável (STF, 2005, p. 565). Todavia, as razões pelas quais se entendeu pela prevalência do desenvolvimento nacional não foram apontadas.

A contradição dos argumentos do Ministro Relator, no sentido de que a Medida Provisória nº 2.166-67/2001 estaria a se harmonizar com os valores constitucionais de ordem ambiental, resta evidente no argumento teleológico invocado pelo Ministro Cezar Peluso, quando afirma que a interpretação do dispositivo do art. 225, §1º, III da CF/88 dada pelo Relator corresponde à racionalidade da norma, tendo que vista que sem a Medida Provisória “em primeiro lugar, [...] se inviabilizaria uma série de projetos, de atividades e de obras de interesse público e de caráter urgente, por dependerem de regulamentação, de autorização ou de licenciamento mediante ato do Poder Legislativo, que demanda tempo[...]” (STF, 2005, p. 583).

Tendo em vista que os Ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Ellen Grace, Sepúlveda Pertence e Cezar Peluso acompanharam a interpretação do dispositivo constitucional adotada pelo Ministro Relator, poder-se-ia aqui registrar uma inconsistência por arrastamento. Tanto assim que a maior parte da ementa da decisão cautelar da ADI nº 3.540/2005 é destinada a ressaltar que a Medida Provisória nº 2.166-67/2001 foi editada com o intuito de conferir efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas remete, ao mesmo tempo, à questão do desenvolvimento econômico do país.

Em relação ao argumento linguístico, não se vislumbram inconsistências na interpretação do art. 225, §1º da CF/88 realizada pelo Ministro Relator, que entendeu que somente para a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos era necessária a reserva de lei.

preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (BRASIL, 2012).

3.3 Coerência

A noção de coerência reclama uma racionalidade que deve transparecer na decisão tanto de maneira interna, no que concerne aos próprios argumentos utilizados na decisão, quanto externa, na medida em que deve haver uma conexão racional entre os argumentos utilizados, os fatos narrados e o ordenamento jurídico como um todo (MARTINS, ROESLER e JESUS, 2011, p. 215).

Da análise dos argumentos elencados na ementa da decisão (tabela nº 10), verifica-se que, a partir de uma noção externa, a decisão mostra-se coerente, tendo em vista ter sido invocado o princípio fundamental do desenvolvimento nacional, previsto no art. 3º, II da CF/88, assim como o princípio do desenvolvimento sustentável, valor já assimilado em diversos tratados internacionais, “como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e da ecologia” (STF, 2005). O Pretório Excelso, ao invocar esses princípios, demonstra um trunfo para garantir uma relativa coerência do julgado, de sorte a harmonizar o grupo de proposições constitucionais relativas ao desenvolvimento econômico (art. 3º, II da CF/88) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (art. 170, VI e 225 da CF/88).

No que tange aos argumentos internos da própria decisão, entretanto, não se pode dizer que o requisito da coerência foi atendido. Isto porque, se bem a Medida Provisória nº 2.166-67/2001 não afronta a letra da norma contida no art. 225, § 1º, III, da CF/88, no qual apenas para a alteração ou supressão de APPs é exigida lei formal, a possibilidade de suprimir a vegetação nessas áreas, por meio de autorizações administrativas, pode comprometer grave e definitivamente o equilíbrio ecológico nelas existentes. A desconsideração desse aspecto nos argumentos desenvolvidos esvazia a invocação pura e simples do princípio do desenvolvimento sustentável e deixa transparecer a incoerência da decisão.

CONCLUSÃO

A decisão cautelar da ADI nº 3.540/2005 proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a validade da Medida Provisória nº 2.166-67/2001, que regulamentou as hipóteses de utilização de Áreas de Preservação Permanente (art. 4º, caput, e §§1º a 7º da Lei nº 4.771/1965), constitui um típico *hard case*. Um caso é considerado difícil quando não se

consegue deduzir diretamente da letra da lei a decisão a ser tomada. Nessas situações, é necessário recorrer a critérios especiais para aferir a correção da decisão, tendo em vista que, em um Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais devem ser racionalmente justificadas.

A necessidade das decisões judiciais serem adequadamente fundamentadas e os critérios para avaliar o atendimento a essa exigência vêm sendo abordados pelas teorias argumentativas. Dentre essas teorias, destaca-se a defendida por Neil MacCormick, que propõe a universalidade, a consistência e a coerência como critérios para determinar a correção de uma decisão.

Acompanhando essa proposta, no presente artigo foram inicialmente identificados os tipos de argumentos interpretativos, utilizados pelo autor e por cada um dos Ministros do STF na decisão cautelar ADI nº 3.540/2005 (argumentos linguísticos, sistemáticos e teleológicos), para, posteriormente, analisar a correção da decisão a partir do atendimento aos três critérios propostos por Neil MacCormick.

Da análise empreendida neste trabalho, concluiu-se que a decisão cautelar da ADI nº 3.540/2005 não é universalizável, porque a possibilidade da regulamentação de um dispositivo do art. 225 da Constituição Federal de 1988 por meio de uma Medida Provisória foi considerada uma situação excepcional, não devendo, portanto, ser repetida. Não é também consistente porque os argumentos sistêmicos utilizados no voto do Ministro-Relator, com os quais concordou a maioria dos Ministros, mostraram-se contraditórios. Finalmente, embora aparentemente coerente sob uma perspectiva externa, a partir da harmonização do grupo de proposições constitucionais relativas ao desenvolvimento econômico (art. 3º, II da CF/88) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (art. 170, VI e 225 da CF/88), a inexistência de uma análise sobre o potencial comprometimento do equilíbrio ecológico pela supressão de vegetação em APPs, a partir de previsões da norma impugnada, esvazia a argumentação pura e simples do princípio do desenvolvimento sustentável e revela a incoerência interna da decisão.

Há, entretanto, que se reconhecer alguns aspectos positivos da decisão, haja vista ter tecido uma interpretação sistemática do art. 225 da Constituição Federal de 1988, de forma a elevar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao patamar de um direito fundamental de terceira geração, inclusive traçando uma interligação desse direito fundamental com os anseios dos direitos humanos no plano internacional. Assim, os

argumentos utilizados na decisão seriam sugestivos para uma reavaliação quando da análise pelo Pretório Excelso em casos assemelhados em que existisse uma tensão entre os ideais do desenvolvimento econômico e o meio ambiente. Todavia, se a decisão proferida na ADI nº 3.540/2005 não está baseada em argumentos universalizáveis, consistentes e coerentes, não pode ser considerada uma solução adequada, nem legítima no Estado Democrático de Direito, não devendo servir para orientar a análise de casos aparentemente similares como os veiculados nas ADIs 4901, 4902 e 4903 sobre o novo Código Florestal.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006.

BRASIL. *Lei nº 12.651*, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. *Medida Provisória nº 2.166-67*, de 24 de agosto de 2001. Altera os arts. 1º, 4º, 14, 16 e 44, e acresce dispositivos à Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o Código Florestal, bem como altera o art. 10 da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2001/medidaprovisoria-2166-67-24-agosto-2001-393708-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. *Lei nº 4.771*, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771.htm2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em: 02 jun. 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise da decisão judicial sobre a “briga de galos” a partir da teoria de MacCormick. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 10, p. 37-58, 2015.

MACCORMICK, Neil. Argumentación e Interpretación en el Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33. 2010, p. 65-78.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübler Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Claudia Rosane; REZENDE DE JESUS, Ricardo Antônio. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. *Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)*, v. 16, n 2, mai./ago. 2011.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão”. *Revista Direito & Paz*. Lorena: UNISAL, ano XVI, nº 30, 2014/1, p. 11-46, 2014. Disponível em: <<http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/issue/viewFile/17/2#page=11>>. Acesso em 02 jun. 2016.

STF- UPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.540/2005*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540ementa.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 466.343/SP*, julgado no 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem. *Revista Direito e Práxis*, vol. 03, n. 02, p. 154-171, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/1877/8236>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

Artigo recebido em: 23/06/2016.

Artigo aceito em: 18/11/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

LOPES, Ana Maria D'Ávila; TEIXEIRA, Diego Monte. Análise da decisão cautelar sobre a utilização de áreas de preservação permanente (ADI nº 3.540/2005) à luz da teoria argumentativa de MacCormick. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 135-155, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/823>>. Acesso em: dia mês. ano.

A OBRIGATORIEDADE DO ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA E A OMISSÃO LEGISLATIVA MUNICIPAL

Wallace Paiva Martins Junior

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)
Professor dos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu na
Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).
Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP).
Email: wallacemartins@terra.com.br

Maria Isabel Leite Silva de Lima

Mestranda em Direito Ambiental na Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).
Especialista em Gestão Ambiental e Sustentabilidade pela
Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR).
Email: m.isabelsilva@gmail.com

RESUMO

MEste artigo apresenta o diálogo entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico para a construção das cidades sustentáveis e fornece um panorama sobre o Estudo de Impacto de Vizinhança, apresentando suas diferenças e similaridades em relação ao Estudo de Impacto Ambiental. A partir de conceitos sobre o direito de propriedade e sua função socioambiental e a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução, o objetivo geral do artigo é analisar a interface das duas disciplinas, bem como avaliar a obrigatoriedade do Estudo de Impacto de Vizinhança em caso de omissão legislativa municipal. A metodologia se baseou numa pesquisa exploratória e qualitativa, utilizando-se o método hipotético-dedutivo e o procedimento bibliográfico. Concluiu-se pela necessidade de edição de lei municipal para manter a obrigatoriedade de apresentação do estudo, em razão do interesse local e da atribuição municipal, de acordo com o artigo 30 da Constituição Federal, além dos princípios da legalidade e da reserva legal, pois o artigo 36 do Estatuto da Cidade não é autoaplicável.

Palavras-chave: Estudo de Impacto de Vizinhança; Estudo de Impacto Ambiental; Estatuto da Cidade; política urbana.

*THE OBLIGATION OF THE NEIGHBORHOOD IMPACT STUDY AND
THE MUNICIPAL LEGISLATIVE OMISSION*

ABSTRACT

This paper presents the dialogue between Environmental Law and Urban Law to build sustainable cities and it also provides a panorama of the Neighborhood Impact Study, presenting their differences and similarities related to the Environmental Impact Study. From concepts about property right and its social and environmental role and the application of the principles of prevention and precaution, the aim of this paper is to analyze the interface of the two disciplines, as well as to evaluate the obligation to present neighborhood impact study in case of municipal legislative omission. The methodology was based on an exploratory and qualitative research, using a hypothetical-deductive method and the bibliographic procedure. It was concluded that there is a need to edit the municipal law to maintain the mandatory presentation of the study, due to the local interest and the municipal jurisdiction, according to Article 30 of the Federal constitution in addition to the principles of legality and legal reserve, since article 36 of City Statute is not self-enforcing.

Keywords: *Neighborhood Impact Study; Environmental Impact Study; City Statute Law; urban policy.*

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da política urbana no Brasil, prevista no art. 182 da Constituição Federal, foi aprimorado com a promulgação do Estatuto da Cidade (Lei 10.527/2001), que definiu, dentre outros instrumentos, o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV). O estudo tem o escopo de avaliar os impactos positivos e negativos do empreendimento ou atividade em relação à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, garantindo-se assim o convívio social entre os moradores dos centros urbanos.

O EIV, assim como o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), são espécies de Avaliação de Impactos que utilizam como base os princípios da precaução e da prevenção, os quais auxiliam a Administração Pública na tomada de decisão sobre a instalação de certos empreendimentos no território brasileiro.

Tais princípios, largamente utilizados no Direito Ambiental, passam assim a fazer parte do Direito Urbanístico, corroborando ainda mais para a ideia da existência de uma verdadeira interface entre as duas disciplinas jurídicas, que foram construídas e que ganharam autonomia num passado recente, se comparadas às matérias mais tradicionais do Direito.

Deve-se ainda ser levado em consideração que, no caso das cidades, os espaços urbanos são os locais em que a proteção do meio ambiente se efetiva, havendo, assim, constante diálogo entre as normas ambientais e urbanísticas para as almejadas cidades sustentáveis.

Embora clara a importância do EIV para o planejamento territorial dos municípios, para a garantia do bem-estar dos habitantes e para o atendimento à função social da propriedade, fato é que nem todos os municípios brasileiros possuem leis que especificam as atividades sujeitas ao EIV, possibilitando, desta forma, uma maior incidência de impactos negativos na vizinhança, sem contrapartidas ou mitigações, ante a omissão legislativa.

O objetivo geral do artigo é demonstrar a interface entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico de forma a construir um Direito Urbano-Ambiental, além de analisar as diferenças e similaridades entre o EIA e o EIV e, por fim, discutir sobre a obrigatoriedade ou não do instrumento jus-urbanístico em caso de omissão legislativa municipal.

A metodologia baseou-se numa pesquisa exploratória e qualitativa, utilizando-se o método hipotético-dedutivo e o procedimento bi-

bliográfico, a partir do levantamento, leitura e análise da doutrina, leis e jurisprudência sobre o tema. A primeira fase se deu com a busca e organização dos documentos, passando-se por uma pré análise de seu conteúdo. A seguir, procedeu-se à escolha e análise dos documentos, explorando o material encontrado.

Segundo Marconi e Lakatos (2003), no método científico hipotético-dedutivo desenvolvido por Karl Popper, parte-se de um problema, ao qual se oferece uma solução provisória, a teoria-tentativa, passando-se depois a criticar a solução, com vista à eliminação do erro, de modo que esse processo se renovaria a si mesmo, dando surgimento a novos problemas.

O problema pesquisado foi a obrigatoriedade de apresentação do EIV no caso de ausência de lei municipal que determine as atividades sujeitas ao estudo. Diante desse cenário, o artigo pretende analisar se, em caso de omissão municipal legislativa, persiste a obrigatoriedade de apresentação do estudo pelos empreendedores, tão somente com base no Estatuto da Cidade, norma geral que prevê tal instrumento, ou ainda, de acordo com os princípios gerais e a hermenêutica jurídica. O intuito é contribuir para a discussão sobre o tema, tendo em vista que, passados quinze anos da promulgação do Estatuto da Cidade, o assunto permanece gerando controvérsias.

No capítulo 1 foram abordados os princípios da precaução e da prevenção, nos quais se baseiam o EIA e EIV, demonstrando-se a estreita relação entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico na busca pela construção de cidades sustentáveis. O capítulo 2 trata do direito de propriedade, do atendimento à sua função socioambiental e das limitações administrativas.

O capítulo 3 conceitua EIA e EIV, apontando suas similaridades e diferenças, e o capítulo 4, por sua vez, trata da regulamentação municipal das atividades sujeitas à apresentação do EIV e discute a necessidade ou não de apresentação do estudo no caso de omissão legislativa, abordando a competência municipal com base no interesse local e os princípios da legalidade e da reserva legal.

1 OS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL E URBANÍSTICO

No Brasil, o princípio da precaução foi inserido pela Declaração do Rio de Janeiro, pela Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) e pela Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, todas assinadas em 1992 na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92.

O princípio 15 da Declaração do Rio diz que onde houver ameaça de dano sério ou irreversível a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

A redação contida nos três documentos difere-se na medida em que, na Declaração do Rio e na Convenção da Mudança do Clima aplica-se o princípio da precaução se houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis ao meio ambiente, enquanto na CDB basta haver ameaça de sensível redução da diversidade biológica.

Para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal de 1988 deu maior amplitude ao princípio da precaução ao dispor que o Poder Público deverá “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.” (art. 225, §1º, V)

Machado (2015) entende que a concepção do princípio não se limitou aos casos de ameaças de danos sérios ou irreversíveis, ampliando-a ao controle do risco. Para o autor, o risco é a “possibilidade real ou realista de um acontecimento negativo ou um dano decorrente do que não é certo ou esperado, mas só mais ou menos provável” (MACHADO, 2015, p. 100).

Na Lei de Crimes Ambientais (Lei Federal n.º 9.605/1998) também há menção implícita ao princípio da precaução ao dispor em seu art. 54, parágrafo 3º, que incorre em crime de poluição aquele que deixar de adotar medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

Segundo Machado (2015), a implementação do princípio da precaução não tem a finalidade de imobilizar as condutas humanas, mas objetiva a durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e a continuidade da natureza existente no planeta.

As diversas interpretações sobre o princípio da precaução baseiam-se em diferentes suposições assumidas quanto à natureza do conhecimento científico e tecnológico e tem estreita relação com o processo de análise de risco (CEZAR; ABRANTES, 2003). Para Machado (2015) a finalidade é a mesma, ou seja, tem por escopo evitar ou minimizar os danos ao meio ambiente, caracterizando a precaução pela ação antecipada diante do risco ou do perigo.

O princípio da precaução é usualmente empregado em situações onde há incerteza sobre a previsão de efeitos de tecnologias e remete a quatro elementos: ameaça de dano, inversão do ônus da prova, incerteza científica e medidas de precaução (CEZAR; ABRANTES, 2003).

Assim, tem-se que a aplicação do princípio da precaução relaciona-se com a avaliação prévia das atividades humanas, diante da incerteza do dano. Ao serem exigidos estudos ambientais para a instalação de obras ou atividade potencialmente degradantes, está abrangido não só o dano certo, mas como o incerto e o dano provável (MACHADO, 2015).

O princípio da precaução, no entanto, não é somente utilizado no Direito Ambiental, mas igualmente no Direito Administrativo e no Direito Urbanístico, conforme ensina Martins Junior (2014, p. 205):

O princípio da precaução não é exclusividade do Direito Ambiental; precede-o o Direito Administrativo acolhendo a precaução para além da prevenção como um de seus princípios envolvendo a polícia administrativa, a responsabilidade civil do Estado, a regulação de atividades econômicas, o controle administrativo, o serviço público etc. ligado que é à discricionariedade e à eficiência. Permeando também o Direito Urbanístico, o princípio da precaução consiste no dever de adoção de medidas antecipatórias e proporcionais em face de estado de incerteza relativo à produção de danos, descredenciando a inércia ou a omissão, em razão da obrigação de diligência que compete à Administração na cura dos interesses gerais.

Menciona-se, ainda, o princípio da prevenção, que atua quando existe certeza científica quanto aos perigos e riscos ao meio ambiente. O licenciamento ambiental de atividades potencial ou efetivamente poluidoras, o EIA e suas demais modalidades, e o EIV são exemplos da aplicação do princípio da prevenção, tendo em vista que, com estes instrumentos de gestão de risco, os impactos negativos são identificados, mitigados e compensados depois da avaliação (LEITE, 2015).

Ambos os princípios, precaução e prevenção, auxiliam assim na

tomada de decisão pela Administração Pública, que deverá implementá-lo no cumprimento dos princípios enumerados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, chamados comumente de princípios da Administração Pública, são na verdade princípios do Direito Administrativo. Estes princípios jurídico-administrativos parametrizam a atividade administrativa do Estado, não se limitando, no entanto, àqueles elencados no mencionado art. 37, mas também aos princípios explícitos em preceitos constitucionais especiais ou no direito infraconstitucional (MARTINS JUNIOR, 2014).

O estudo do Direito Ambiental e do Direito Urbanístico deve, assim, também se ater ao Direito Administrativo, tendo em vista que, além dos princípios específicos das disciplinas, estes igualmente estão sujeitas aos princípios jurídico-administrativos quando da atuação e aplicação pela Administração Pública.

José Afonso da Silva (2012) afirma que o Direito Urbanístico vai buscar no Direito Administrativo alguns instrumentos fundamentais de sua atuação, como a desapropriação, a servidão e a organização de entidades executoras do urbanismo. E o poder de polícia, relevante instituição do Direito Administrativo, é um meio fundamental para a atuação urbanística.

Para Toshio Mukai (2002) é necessário enfatizar a vinculação e dependência do Direito Urbanístico com o Direito Administrativo, tendo em vista que ele evoluiu basicamente no Brasil como um desenvolvimento técnico-jurídico do Direito Administrativo. Porém, complementa o autor, a situação atual começa a originar novos tipos de normas, novos institutos, além daqueles tipicamente administrativos.

Com o advento do art. 182 da Constituição Federal de 1988, que trata da política urbana, e com a promulgação da Lei n.º 10.257/01 (Estatuto da Cidade), a autonomia da disciplina jurídica então se consolida.

Com as novas regras, não se trata de analisar apenas o Direito Urbanístico, mas em especial o Direito Ambiental, posto que aquele também visa a proteção do meio ambiente (MUKAI, 2002).

Esta estreita relação entre as disciplinas é demonstrada na linha de pensamento a seguir:

Normas ambientais e urbanísticas e relações e situações jurídicas decorrentes são manifestações da atividade administrativa mais vetusta: a polícia, incidente

sobre valores fundamentais como liberdade e propriedade. A diferença, é certo, corre por conta da delimitação objetiva dessas duas disciplinas jurídicas, voltada para a consagração de específicos bens jurídicos (o meio ambiente, a habitação, o desenvolvimento urbano, a função social da propriedade), cuja importância no sistema jurídico e a construção de princípios próprios contribuíram para a mencionada autonomia (MARTINS JUNIOR, 2014, p. 206).

Sob este prisma, ou seja, que o desenvolvimento e o planejamento das cidades estão inseridos num cenário almejado de um ambiente sadio e equilibrado, é visível a comunicação entre as disciplinas.

Dois instrumentos jurídicos presentes em no ordenamento pátrio, o EIA e o EIV, que se baseiam no princípio da precaução e da prevenção, se destacam para a busca na consecução das cidades sustentáveis, que são aquelas que permitem a convivência entre os munícipes de forma organizada e com o menor grau de incomodidade e impacto ambiental na medida do possível, garantindo-se o bem-estar social e a função social das cidades.

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL

O direito de propriedade, embora direito fundamental garantido no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, é condicionado ao atendimento de sua função social, nos termos do inciso XXIII do mesmo artigo.

Conforme ensina Mukai (2002), desde a origem do conceito de propriedade este corolário é inseparável. A sua função social se refletiria no convívio social e na sadia qualidade de vida, destacando-se, ainda, o princípio fundamental da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88).

O art. 182, parágrafo 2º, da Carta Magna estabelece que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. O art. 186, por sua vez, insere também a função social para a propriedade rural.

O art. 225, *caput*, da Constituição Federal, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, traz então a ideia da função socioambiental da propriedade, ampliando assim o seu conceito.

No mesmo sentido, o seu art. 170, que trata da ordem econômica, assegura a livre iniciativa, desde que observada a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente e o tratamento diferenciado conforme o

impacto ambiental (incisos III e VI, respectivamente).

Na legislação infraconstitucional, o Código Civil vigente, no art. 1.228, parágrafo 1º, estabelece que o direito de propriedade deve ser exercido de modo a atender as finalidades econômicas, sociais e a preservação do meio ambiente. O *caput* do art. 1.228 traz ainda o conteúdo positivo do direito de propriedade, quais sejam, o direito de usar, gozar e dispor dos bens (MUKAI, 2002).

O direito de construir, no entanto, é condicionado no art. 1.229 do Código Civil, que dispõe que “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”. Para Mukai (2002, p. 65), a “parte final do art. 1.299 é um verdadeiro feixe de normas condicionadoras do direito de construir, que se desdobra em normas de cunho civil (relações de vizinhança) e de cunho publicístico.”

As limitações administrativas decorrem do poder de polícia da Administração Pública, com base na necessidade do atendimento da função socioambiental da propriedade. No entanto, para dar efetividade a esta função, são necessárias políticas públicas e normas que assegurem o seu atendimento e, nesse cenário, revela-se a importância da promulgação do Estatuto da Cidade no ano de 2001 (Lei Federal n.º 10.257/2001).

3 O ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA E O ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL

O Estatuto da Cidade, que estabeleceu as diretrizes gerais para a política urbana no País, trouxe como um de seus instrumentos o EIV, em conjunto com o EIA (art. 4º, VI da Lei Federal n.º 10.257/2001).

Para Vanêsa Buzelato Prestes, o Estatuto da Cidade deve ser entendido como “a expressão legal da política pública urbano-ambiental, norma originadora de um sistema que interage com os diversos agentes que constroem a cidade e a reconhece em movimento” (PRESTES, 2005, p. 81).

Para Milaré (2013), a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) é gênero cujos tipos podem ser: EIA, EIV, Relatório Ambiental Preliminar (RAP), Relatório de Controle Ambiental (RCA), Plano de Controle Ambiental (PCA), entre outros.

O EIV tem previsão legal nos arts. 36 a 38 do Estatuto da Cidade. Já o EIA pode ser encontrado na Constituição Federal, no art. 225, VI, §1º,

na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938/81) e seu regulamento (Decreto n.º 99.274/90), nas Resoluções CONAMA n.º 01/86 e n.º 237/97, seguidas das legislações ambientais estaduais e municipais.

O EIA será obrigatório para as atividades em que a lei o exigir, ou, ainda, sempre que houver significativa degradação ambiental. Na dispensa de EIA, poderão ser exigidos estudos simplificados, a depender da magnitude do impacto e da atividade, a critério do órgão ambiental.

EIA e EIV, assim, não se confundem. O próprio Estatuto da Cidade buscou dirimir qualquer dúvida sobre o assunto ao determinar, em seu art. 38, que a elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação do EIA.

Em que pese o texto legal acerca da possibilidade de coexistência de ambos os instrumentos para um mesmo caso, Prestes (2005) entende que nas hipóteses em que cabe EIA não há que se falar em EIV, posto que ambos são instrumentos de gestão para avaliação de impactos.

Assim, não haveria sentido em se exigirem ambos os estudos nas hipóteses em que os municípios são licenciadores ambientais, somente por serem de competência de Secretarias distintas da mesma Administração. Nesse sentido, ao invés de melhorar o processo de gestão, acabar-se-ia burocratizando-o e não iria gerar uma contribuição para a melhoria da qualidade de vidas nas cidades, que é o verdadeiro objeto da norma (PRESTES, 2005).

Dentre as semelhanças do EIA e do EIV podem-se citar: a publicidade dos estudos, o seu caráter preventivo, a participação popular, a avaliação dos impactos (efeitos positivos e negativos) do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população e ao meio ambiente e que ambos objetivam a sustentabilidade das cidades.

Já em relação às suas diferenças, além da previsão constitucional e da maior complexidade do EIA, temos que o EIV faz parte do licenciamento urbanístico, enquanto o EIA remete ao licenciamento ambiental e à legislação ambiental, sendo que o estudo é necessário no caso de significativo impacto ambiental, enquanto o EIV é exigível nos casos em que a lei municipal determinar, independente do grau de impacto na vizinhança.

O órgão apto a analisar o EIV é a autoridade municipal, enquanto o EIA será analisado pelo órgão competente, que poderá ser federal, estadual ou municipal, dependendo de cada caso.

A abrangência do EIV possui um campo de atuação mais específico, restrito à vizinhança ao redor do empreendimento que se pretende

implantar, enquanto o EIA abrange tanto a Área de Diretamente Afetada, quanto a Área de Influência Direta e a Indireta. O EIA analisa os impactos sobre os meios físico, biológico e socioeconômico, sendo que o EIV trata dos impactos na qualidade de vida da população e no cotidiano do local.

Menciona-se, ainda, que a análise do EIV parte do projeto para o meio, enquanto no caso do EIA o diagnóstico ambiental do estudo poderá determinar a localização do projeto e a necessidade de sua complementação ou até alteração. Como se observa, apesar de ambos serem instrumentos que visam a análise dos impactos dos projetos, suas diferenças são substanciais.

O EIV visa impedir o uso nocivo da propriedade em prejuízo de outrem, alicerçado no convívio social, realçado pela dicotomia entre o direito de construir e o direito de vizinhança. Isto porque a política urbana, prevista nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal, tem o objetivo precípua de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar dos habitantes.

O conteúdo mínimo do EIV está discriminado no art. 37 do Estatuto da Cidade, devendo este abranger a análise do adensamento populacional, dos equipamentos urbanos e comunitários, do uso e ocupação do solo, da valorização imobiliária, da geração de tráfego e demanda por transporte público, da ventilação e iluminação e da paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Portanto, pela leitura dos dispositivos legais e da doutrina sobre o tema, conclui-se que as características do EIV são: (i) documento técnico; (ii) prévio à emissão das licenças ou autorizações; (iii) exigível para a construção, ampliação ou funcionamento de empreendimentos privados ou públicos em área urbana, nos casos previstos em lei; (iv) depende de lei municipal regulamentadora; (v) analisa os impactos que sobrecarregam as condições atuais ambientais, paisagísticas, econômicos, sociais e do sistema viário; (vi) culmina em contrapartidas por parte do empreendedor.

4 A REGULAMENTAÇÃO DO EIV POR LEI MUNICIPAL E A HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA

Sobre os empreendimentos e atividades sujeitas à apresentação do EIV para a concessão das licenças urbanísticas, o art. 36 do Estatuto da Cidade estabelece que:

Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.

Desde a promulgação do Estatuto da Cidade, em 2001, até os dias atuais, uma questão que permanece aberta e que demanda esforço adicional por parte dos operadores do Direito, sejam eles advogados, pesquisadores, servidores do Poder Público ou componentes do Poder Judiciário, é a seguinte: se não houver a lei municipal que defina os empreendimentos sujeitos ao EIV, o estudo permanece ainda assim obrigatório?

Há divergências de posicionamento, na medida em que, enquanto uma corrente doutrinária entende que o EIV permanece obrigatório, pois o texto legal não é a única fonte do direito e, assim, devem ser utilizados os princípios e a hermenêutica jurídica, outra entende que inexistente respaldo legal a obrigar particulares à apresentação do estudo, ante a falta de norma regulamentadora.

Para Vladimir Passos de Freitas (2009), o art. 36 do Estatuto da Cidade é lastreado em dispositivos constitucionais e, assim, prescinde de lei municipal por ser autoaplicável. Nesse sentido, utilizando-se a hermenêutica, o autor entende que a lei municipal revela-se desnecessária quando a obra for notoriamente causadora de impacto. Zaneti e Zaneti Junior (2014) defendem a aplicação imediata do EIV, a partir de sua inserção no Estatuto da Cidade, por considerar a norma de eficácia imediata.

Larcher (2016) entende que a lei municipal é desnecessária, desde que o Plano Diretor discipline adequadamente a matéria, definindo os empreendimentos e atividades sujeitos à prévia elaboração e análise do EIV.

Em que pesem as argumentações em sentido contrário, entendemos que a ausência de legislação que especifique os empreendimentos sujeitos ao EIV impossibilita a permanência da obrigatoriedade de apresentação do estudo para a emissão das licenças e autorizações urbanísticas.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 18, o pacto federativo brasileiro, conferindo autonomia a todos os entes federativos, dentre eles os Municípios. Dentre os deveres da União está o de preservar a autonomia municipal (art. 34, VII, c, da CF).

A competência legislativa dos Municípios é discriminada no art. 30 da Constituição Federal e, dentre elas, insere-se o interesse local e a

promoção do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (incisos I e VIII, respectivamente).

O interesse local não se configura pela exclusividade do interesse, mas por sua predominância, conforme ensina Machado (2015). Portanto, havendo a predominância do interesse local, o Município tem legitimidade para legislar sobre o assunto.

Ademais, o próprio art. 182 da Constituição Federal determina que a política de desenvolvimento urbano será executada pelo Poder Público Municipal, conforme as diretrizes gerais fixadas em lei. As diretrizes gerais vieram com a promulgação do Estatuto da Cidade, em 2001, regulamentando o art. 182 do texto constitucional.

O Estatuto da Cidade, em seu art. 3º, define que compete à União legislar sobre normas gerais de direito urbanístico e instituir diretrizes para desenvolvimento urbano (incisos I e IV, respectivamente).

O Plano Diretor, previsto no art. 182 da Constituição Federal, é um dos instrumentos gerais da política urbana para o planejamento municipal, conforme preceitua o Estatuto da Cidade (art. 4º, III, a). Segundo Machado, o Plano Diretor é:

o conjunto de normas obrigatórias, elaborado por lei municipal específica, integrando o processo de planejamento municipal, que regula as atividades e os empreendimentos do próprio Poder Público Municipal e das pessoas físicas ou jurídicas, de Direito Privado ou Público, a serem levados a efeito no território municipal (MACHADO, 2015, p. 449).

Segundo Mukai (2002), o papel do Plano Diretor é traçar as diretrizes gerais, as metas e objetivos de desenvolvimento do município num espaço de tempo determinado. Trata-se, portanto, de atribuição municipal no campo urbanístico.

O Conselho das Cidades, por meio da Resolução Recomendada n.º 34, de 01 de julho de 2005, alterada pela Resolução Recomendada n.º 164, de 26 de março de 2014, salientou que o Plano Diretor deverá determinar critérios para a aplicação do instrumento estudo de impacto de vizinhança.

Nesse sentido, a política de desenvolvimento urbano, da qual o EIV é um instrumento, está inserida tanto no âmbito do interesse local dos Municípios quanto no adequado ordenamento territorial, o que justifica a

sua competência legislativa com base no art. 30 da Constituição. Do mesmo modo, o Plano Diretor, que segundo recomendação do Conselho das Cidades, deve propor as diretrizes gerais para o EIV, também é de competência dos Municípios.

Ademais, para Mukai (2002), uma inovação do Estatuto da Cidade foi o EIV, instituto que funciona como regra geral, porém que, sendo instrumento puramente administrativo, não necessitava de previsão em lei federal. Segundo o autor, em suas anotações à Lei n.º 10.257/2001, a matéria é de “natureza puramente administrativa, sendo despicienda sua regulação em lei federal. Apenas como norma urbanística pode ser entendida como norma geral, nos termos do art. 24, I e §1º, da Constituição.” (MUKAI, 2001, p. 31)

Portanto, determinando-se a apresentação de EIV aos administrados sem que haja lei municipal que defina os empreendimentos exigíveis ao estudo, haveria clara invasão da competência municipal.

O art. 1.299 do Código Civil, já mencionado, prevê que as normas condicionadoras do direito de construir seriam os direitos dos vizinhos e os regulamentos administrativos. As normas de relações de vizinhança, por inseridas no direito urbanístico, seriam assim de competência municipal.

Cabe citar jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo trecho se transcreve a seguir, que reconheceu que a exigência de EIV se insere em matéria de direito local e que manteve acórdão sobre a validade de alvará de construção, sem a realização de EIV, posto que à época de sua emissão inexistia lei municipal definindo os empreendimentos e atividades sujeitos ao estudo, de modo que o art. 36 do Estatuto da Cidade não seria autoaplicável e dependeria de regulamentação:

[...]EXIGÊNCIA DE ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA. LEGALIDADE DO ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. ESTATUTO DAS CIDADES. LOTEAMENTO. ACÓRDÃO ASSENTADO EM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

7.Quanto à exigência de Estudo de Impacto de Vizinhança - EIV para se aprovar a construção de supermercado no Loteamento Jardim Germânica e a legalidade do

alvará que permitiu o empreendimento, o acórdão recorrido afirmou que:

Quanto aos empreendimentos sujeitos à elaboração do Estudo de Impacto de Vizinhança, o artigo 36 do Estatuto da Cidade, conforme visto, dispõe que Lei Municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão do estudo. Assim, cada município fixará critérios, por meio de lei municipal, a partir dos quais serão determinadas as atividades e os empreendimentos submetidos à regra da lei federal. Diante dessas considerações, observa-se que na época da expedição do alvará não havia a necessidade dos aludidos estudos, nesse sentido, foi o teor do ofício do secretário de Urbanismo e Serviço Público, cópias fls. 427/428: “O empreendimento do porte da construção aqui citada, é precedido do chamado estudo específico de localização realizado pelo Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis, tudo conforme dispõe a Lei Complementar 001/97 (Plano Diretor do Município). O Estatuto da Cidade dispõe, no seu artigo 36, que o Município, através da Lei Municipal definirá e classificará os empreendimentos para os quais seja necessário o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV). Esta lei encontra-se atualmente em tramitação na Câmara de Vereadores da Capital. O regulamento previsto no Estatuto da Cidade não é autoaplicável, pois necessária regulamentação por lei complementar.” Assim, como a sentença manteve válido o alvará 123 porque este havia observado os preceitos da Lei Complementar 001/97 (Plano Diretor do Município de Florianópolis), e na época da expedição do alvará a lei municipal não exigia o Estudo Prévio do Impacto de Vizinhança, não há que se falar em nulidade do alvará (fl.1527) Afinal, inexistia a tal lei municipal definindo os empreendimentos e atividades que dependerão de estudo prévio de impacto de vizinhança para a obtenção das respectivas licenças ou autorizações de construção. E, sendo assim, não se pode acoimar de nulo o referido alvará, apenas e porque foi concedido sem a realização do estudo prévio de impacto de vizinhança, uma vez que o dispositivo legal invocado pelos autores não é autoaplicável, necessitando, portanto, de regulamentação. (fl. 1537) A apreciação de tais aspectos, todavia, demanda análise de direito local, o que faz incidir, por analogia, o óbice constante da Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal (“por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”). (AgRg no AREsp 32299 / SC, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.05.2012, Dje 08.05.2012)

Para Mukai (2002, p. 67), “as limitações urbanísticas não poderiam ser impostas à propriedade particular com a simples invocação do preceito constitucional e, portanto, vinculadas, por decreto ou norma hierarquicamente inferior”. Segundo o autor, as limitações urbanísticas, sen-

do espécie do gênero limitações administrativas, que decorrem do poder de polícia, devem ter como fonte primária de normatividade a lei formal. (MUKAI, 2002)

O art. 5º, II, da Constituição Federal diz que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Para Silva (1990), o princípio da legalidade é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, ressaltando a sua importância no ordenamento jurídico nos ensinamentos a seguir:

Deve-se, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal e ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emana da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses (SILVA, 1990, p. 107).

O princípio da legalidade em sentido estrito significa dizer que a Administração Pública só pode agir de acordo com a lei, pois não goza de autonomia da vontade e deve respeitar as finalidades da lei, expressão da vontade popular.

O objetivo precípua do princípio seria o combate à arbitrariedade, à concentração de poderes e a consagração da liberdade. Assim, pela legalidade estrita, a lei é o pressuposto da atuação da Administração Pública, que não tem a liberdade, tal como os particulares, para fazer o que não seja proibido. A discricionariedade só ocorrerá quando a lei expressamente conceder esta margem para certa liberdade.

Silva (2000) diferencia o princípio da legalidade do princípio da reserva legal, por entender que a legalidade significa a submissão e o respeito à lei ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, enquanto a reserva legal consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer necessariamente por lei.

No caso em análise, estão presentes ambos os princípios, da legalidade e da reserva legal, para a solução da questão. Isto porque a Administração Pública deve pautar a sua atuação de acordo com o princípio da legalidade, sendo que, ausente lei que determine a exigência de EIV para

certos empreendimentos, não haveria como se obrigar o particular à apresentação do estudo para a emissão da licença urbanística.

Em segundo porque, em observância ao princípio da reserva legal, a Constituição Federal determina no art. 182 que a política de desenvolvimento urbano, sendo o EIV seu instrumento, deverá ser executada pelo Poder Público municipal e que o Plano Diretor será estabelecido mediante lei municipal.

Ademais, o próprio Estatuto da Cidade, no art. 36, exige que as atividades sujeitas ao EIV deverão ser definidas pela lei municipal. A necessidade de lei, portanto, é manifesta. Nesse mesmo sentido, a ausência de lei e a consequente não apresentação do EIV não pode impedir a emissão do alvará ao empreendimento.

Há de se ressaltar ainda que, havendo a omissão legislativa, cabe ao Poder Judiciário o seu controle, exercendo a função jurisdicional do Estado para a defesa da ordem jurídica e dos interesses transindividuais.

Dentre os meios processuais para a via judicial, citam-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e a Ação Civil Pública (ACP), por tratar-se de omissão lesiva aos direitos transindividuais ligados à ordem urbanística.

A ADO, que tem respaldo legal no art. 103, § 2º da Constituição, é um dos meios de controle de constitucionalidade cujo escopo é a defesa da ordem jurídica fundamental contra condutas com ela incompatíveis. O seu objeto é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes, sejam o Poder competente ou os órgãos administrativos, para a concretização da norma constitucional (MENDES; BRANCO, 2014).

Apesar da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, conforme §1º do art. 5º da Constituição, há normas constitucionais que não são autoaplicáveis, carecendo da interpretação do legislador para que produzam todos os seus efeitos. Assim, a inconstitucionalidade por omissão ou omissão legislativa constitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Constituição Federal como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação (MENDES; BRANCO, 2014).

Seguindo essa linha de raciocínio, no caso de ausência de norma municipal que estabeleça as atividades sujeitas ao EIV e a sua obrigatoriedade, verifica-se a impossibilidade de suprir a omissão legislativa por meio de ADO, posto que o EIV não tem exposto assento constitucional. O EIV é uma obrigação legal para o regular desenvolvimento urbano contido nas

normas gerais, notadamente o Estatuto da Cidade.

Cabível, porém, o ajuizamento de ACP para suprir a omissão legislativa sobre o EIV, posto que haveria lesão aos direitos transindividuais ligados à ordem urbanística. A ordem urbanística está entre os bens tutelados por ACP, em decorrência da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, que incluiu o art. 1º, VI na Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n.º 7.347/1985).

Por ser um instrumento da política urbana e de tutela dos direitos de vizinhança, o EIV se insere nos interesses relativos à função social da propriedade e na proteção dos vizinhos aos empreendimentos impactantes ou que impliquem em potencial e relevante alteração da vida da região.

Seus fundamentos baseados na harmonia e convívio social e no desenvolvimento das funções sociais da cidade extrapolam os interesses individuais e se inserem, portanto, na dimensão dos direitos difusos.

O direito a cidades sustentáveis, garantido no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade, é entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Para Prestes (2006), a definição contempla todas as necessidades humanas para vida em uma sociedade e vai além de um direito individual, pois o direito à cidade está entre aqueles direitos que visam garantir a perpetuação da vida em todas as suas formas. A gestão democrática é a expressão deste direito difuso que exige a participação da cidadania nas ações e decisões que afetam a cidade.

Logo, trata-se de omissão lesiva a direitos transindividuais ligados à ordem urbanística, sendo plenamente admissível o ajuizamento de ACP pelo Ministério Público ou por qualquer outro legitimado para que o ente público seja condenado à prestação de atividade devida em lei, ou seja, a edição da lei municipal que contemple as atividades sujeitas ao EIV.

Negar solução judicial ao tema é criar um vazio, proporcionando a subversão da competência da União para edição de normas gerais de direito urbanístico e diretrizes urbanas.

CONCLUSÃO

É inegável a intensa relação entre as normas urbanísticas e ambientais para a consecução dos objetivos previstos nas políticas públicas nacionais, que tendem por assim criar um direito urbano-ambiental para o

convívio social, a garantia o bem-estar de seus habitantes e o pleno desenvolvimento sustentável das cidades.

Ambos os princípios da precaução e da prevenção são utilizados no Direito Ambiental e no Direito Urbanístico e auxiliam na tomada de decisão pela Administração Pública, sendo o EIA e o EIV exemplos de sua aplicação.

Apesar das semelhanças entre o EIV e o EIA, as suas diferenças são mais notáveis, posto que, enquanto o EIV se revela num instrumento de política urbana, o EIA se aproxima de um instrumento de política ambiental e sua complexidade é maior.

O EIV se revela em importante instrumento jus-urbanístico para a política urbana nos Municípios e é uma obrigação legal para o regular desenvolvimento urbano contido nas normas gerais, como o Estatuto da Cidade.

Nos termos do art. 36 do Estatuto da Cidade, os empreendimentos sujeitos à apresentação de EIV deverão ser definidos por lei municipal. Assim, para a efetiva aplicação do EIV, faz-se necessária a edição de lei municipal, seja ela específica sobre o assunto ou o Plano Diretor, que defina as atividades que dependem da elaboração e aprovação do estudo para sua instalação naquela localidade.

As razões para essa conclusão são de que o EIV se trata de instrumento de gestão da política urbana dos municípios, e por consequência, resta predominante o interesse local e clara a atribuição municipal para normatizar o assunto, com base na competência municipal prevista no art. 30, incisos I e VIII, da Constituição Federal, somados ainda aos princípios da legalidade e da reserva legal.

Logo, não havendo lei municipal que estabeleça regras de conduta aos administrados, é claro o obstáculo para sua aplicação pela Administração Pública, tendo em vista que os dispositivos do Estatuto da Cidade não são autoaplicáveis e necessitam de regulamentação municipal específica.

Nesse sentido, tendo em vista que somente com a lei municipal regulamentadora a sua eficácia será garantida, denota-se a importância do Poder Público Municipal para a implementação e aplicação deste instrumento de gestão urbana.

Em relação à ausência de lei regulamentadora, é cabível o ajuizamento de Ação Civil Pública para suprir a omissão normativa lesiva aos direitos transindividuais ligados à ordem urbanística, mediante cominação

positiva no sentido da edição de lei municipal que discrimine as atividades em que o EIV será exigível para a emissão das licenças e autorizações urbanísticas.

REFERÊNCIAS

CEZAR, Frederico Gonçalves; ABRANTES, Paulo César Coelho. Princípio da precaução: considerações epistemológicas sobre o princípio e sua relação com o processo de análise de risco. *Cadernos de Ciência & Tecnologia*. Brasília. 2003, p. 225-226.

FREITAS, Vladimir Passos de. Omissão legislativa e o controle judicial do Estudo de Impacto de Vizinhança. *Anais do 14º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2009, p. 303-313.

LARCHER, Marta Alves. *O estudo de impacto de vizinhança como instrumento de preservação do patrimônio cultural brasileiro*. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_27159371_o_estudo_de_impacto_de_vizinhanca_como_instrumento_de_preservacao_do_patrimonio_cultural_brasileiro.aspx>. Acesso em: 27 jun. 2016.

LEITE, José Rubens (coord.). *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípios jurídicos de direito administrativo, ambiental e urbanístico e o princípio de precaução. *Interesse Público*. São Paulo, v.16, n.88, nov./dez. 2014, p. 205-225.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Dia-

lética, 2002.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade: anotações à Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. Municípios e Meio ambiente: a Necessidade de uma Gestão Urbano-Ambiental. *Revista Magister Direito Ambiental e Urbanístico*. 4ª ed. São Paulo: LEX Editora, fev/mar, 2006.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. Plano Diretor e Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV). *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, jan/mar, 2005. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/imagens/planodiretorestudodeimpacto.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ZANETI, Graziela Argenta; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV): Alternativas Dogmáticas para sua Eficácia Imediata e Autoaplicabilidade*. Disponível em: <http://www.lexeditora.com.br/doutrina_25453424_o_estudo_de_impacto_de_vizinhanca_eiv_alternativas_dogmaticas_para_sua_eficacia_imediata_e_autoaplicabilidade.aspx>. Acesso em: 27 jun. 2016.

Artigo recebido em: 28/06/2016.

Artigo aceito em: 22/11/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva; LIMA, Maria Isabel Leite Silva de. A obrigatoriedade do estudo de impacto de vizinhança e a omissão legislativa municipal. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 157-177, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/825>>. Acesso em: dia mês. ano.

O TRATAMENTO JURÍDICO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA¹

Giovanna Paola Primor Ribas

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).
Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG).
Professora das Faculdades Santa Amélia (SECAL).
Email: giovanna@veros.adv.br

RESUMO

O artigo tem como objetivo verificar se as políticas de recursos hídricos do Brasil e dos Estados Unidos tem sido eficientes frente aos complexos e recentes problemas ambientais. O método de abordagem utilizado foi o qualitativo e o crítico, ao passo que o de procedimento foi o comparativo. A técnica utilizada foi a pesquisa bibliográfica. Os Estados Unidos adotam um sistema puro de federalismo, segundo o qual cada Estado possui grande autonomia legislativa. Por isso existem mais de um sistema jurídico para a atribuição do direito às águas: *riparian right* e *prior appropriation*. Apesar de tanto o direito brasileiro, quanto o estadunidense incorporarem o conceito de água como um bem público, o regime americano permite o exercício do direito de propriedade sobre ela, os denominados *water rights*. Apesar de negar a existência de um direito real sobre as águas no sentido macroambiental, os *water rights* autorizam este exercício sobre uma parcela dela. Os sistemas hídricos do Brasil e dos EUA possuem pontos fortes e fracos que se complementam. Se o aparato burocrático do Brasil ainda não está de acordo com o seu sistema legal, a legislação hídrica estadunidense precisa ser aperfeiçoada a fim de permitir um acesso mais equitativo.

Palavras-chave: Recursos hídricos; Domínio público; Regulação; Direito comparado.

¹ CAPES, Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE), Edital regido pela Portaria 69, Processo 99999.004941/2014-04

*LEGAL TREATMENT OF FRESH WATER RESOURCES
IN BRAZIL AND UNITED STATE OF AMERICA*

ABSTRACT

The article aims to verify if Brazil and the United States water policies have been efficient in the face of complex and recent environmental problems. The approach method used was qualitative e critical, whereas the procedure method was the comparison. The technique used was the bibliographical research. United States adopt a pure system of federalism, each state has large legislative autonomy, so there are more than one legal system for the allocation of the right to water: the right riparian and prior appropriation. Although both Brazilian and US law have incorporated the concept of water as a public good, the American regime allows the exercise of the right of ownership, the so-called water rights. Despite denying the existence of a real right on the water in macroenvironmental sense, water rights permit this exercise on a portion of it. Brazilian and US water systems have strengths and weaknesses that complement each other. If Brazil's bureaucratic apparatus is not yet in accordance with its legal system, US water legislation needs to be improved in order to allow more equitable access.

Keywords: *Fresh water resources; Public domain; Regulation; Comparative law.*

INTRODUÇÃO

A necessidade de proteção dos recursos hídricos tem sido uma das principais preocupações da atualidade, pois o que se está a discutir é o próprio futuro da raça humana. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é enquadrado, pelos especialistas, como um direito humano de terceira geração, recentemente chamado de Direito de Solidariedade.

O que ocorre é que o desenvolvimento dos países, na maioria dos casos, tem se sustentado graças à apropriação desmedida dos recursos naturais vitais, gerando impactos ambientais comprovadamente gravíssimos, além da exclusão do acesso aos menos privilegiados.

O presente artigo tem como objetivo verificar se as políticas de recursos hídricos do Brasil e dos Estados Unidos tem sido eficientes frente aos complexos e recentes problemas ambientais. O método de abordagem utilizado foi o qualitativo e o crítico, ao passo que o de procedimento foi o comparativo. A técnica utilizada foi a pesquisa bibliográfica.

Após explicitar os modelos jurídicos adotados pelos dois países para tratar dos recursos hídricos, será realizada uma análise crítica desses modelos, buscando descobrir qual o bem jurídico que está sendo protegido, bem como identificar as diferenças e os pontos em comum, os aspectos positivos e negativos de cada sistema, a fim de que um possa contribuir para o melhoramento do outro.

1 O DIREITO ESTADUNIDENSE E OS WATER RIGHTS

Nos Estados Unidos, existem diversos sistemas jurídicos complexos para a atribuição dos direitos às águas, os chamados *water rights*. Esses sistemas variam de região para região, tanto por razões históricas, quanto por geográficas. Bem diferente do que uma simples tradução possa parecer, os direitos às águas não são, como no Brasil, o direito que qualquer do povo tem à água para sua sobrevivência.

Nesse país, as águas e as terras cobertas por elas pertencem aos Estados federados e, portanto, fazem parte de seu domínio. Logo, é esse o ente federativo legitimado a criar e executar leis no tocante às políticas hídricas, desde que não conflitem com as leis gerais editadas pelo Congresso, no limite de sua competência constitucional.

Nos Estados Unidos, há dois métodos básicos de se atribuir a alguém um recurso hídrico. O recurso pode ser alocado por meio do mercado

ou por regulação do governo (TARLOCK, 2014, p. 12). A Lei das Águas norte-americana não trata os recursos hídricos como bens imóveis, no mesmo sentido que a terra é considerada. O país concede o direito a alguém de usar a água para um propósito particular. (JOHNSON, 2009, p. 29). A água é considerada bem público. Os bens públicos nos EUA são bens indivisíveis, coletivos e gratuitos, no sentido correlato aos bens difusos para o direito brasileiro. Isto significa que a água não pode ser dividida ou vendida e que todas as pessoas têm direito ao acesso, sem nenhum custo, a não ser o de captação, transporte, tratamento e destinação (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 376).

Para Cassuto e Sampaio, os *water rights* conferem direitos de uso, mas não transmitem qualquer título de direito real no tocante à água. Para os autores, ninguém pode impedir qualquer povo o acesso e a fruição da água, independentemente da antiguidade de um *water right*. As razões para isso são, em grande parte, biológicas. Por ser a água um bem essencial à sobrevivência de todos os seres humanos, o Estado tem a obrigação de proporcionar o acesso a todos os seus cidadãos (2011, p. 375).

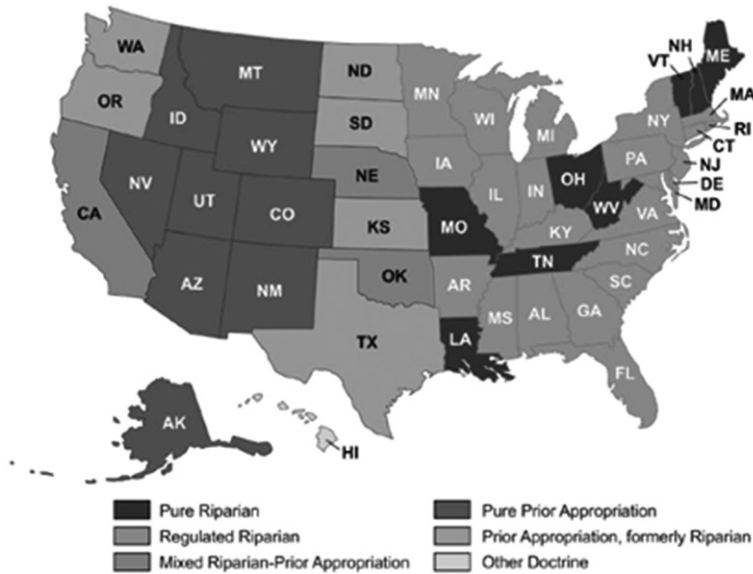
Os *water rights* são determinados nos EUA por dois principais métodos. O primeiro é denominado *riparian rights*², o qual predominou primeiramente na região leste dos EUA. O outro é mais conhecido como *prior appropriation*³, o qual possui diversos formatos ao longo da região oeste dos EUA. *Water rights* são “*riparian*”⁴ se eles resultam da propriedade da terra ou são “*appropriation*”⁵ se os direitos existem independentemente de qualquer proprietário ribeirinho de terra (JOHNSON, 2009, p. 35).

2 Direito dos ribeirinhos (tradução nossa).

3 Ato de Preservação de Espécies em Risco de Extinção (tradução nossa).

4 Ribeirinhos (tradução nossa).

5 Apropriação (tradução nossa).

Figura 1 – Sistemas dos “water rights”

Fonte: U.S. Department of Energy. 2014 (John A. Dutton e-Education Institute)

Tanto nas jurisdições sob a doutrina dos *riparian rights*, como nas da *prior appropriation*⁶, as pessoas que detêm os *water rights* são exclusivamente usufrutuários e os usos estão sujeitos a algumas limitações⁷, como é o caso da ESA (*Endangered Species Act*⁸), que protegem espécies ameaçadas de extinção e seus habitats. (CASSUTO; REED, 2010, p. 1-27).

O Direito estadunidense preocupou-se basicamente com as águas superficiais. As águas subterrâneas são tratadas separadamente. O Direito não tem sido ágil para dar tratamento adequado às águas subterrâneas, pois até recentemente considerava incerta a dinâmica do ciclo das águas subterrâneas integradas às superficiais, para que pudesse regular. O fracasso dos estados para legislar sobre o tema deixou os proprietários livres para extrair água subterrânea dentro dos limites de sua propriedade, como bem quisesses (GETCHES, 1997, p. 8-9).

⁶ Primeira apropriação (tradução nossa).

⁷ Essas limitações estão sujeitas a indenizações.

⁸ Lei das Espécies Ameaçadas (tradução nossa).

Algumas teorias para a atribuição de direitos às águas subterrâneas são análogas aos *riparian rights* (propriedade absoluta da água ao dono da terra) e *prior appropriation* (a água subterrânea é passível de apropriação, protegendo, assim, os poços mais antigos protegidos). No entanto, alguns estados não reconhecem o direito de propriedade privada sobre as águas subterrâneas, mas consideram-na propriedade pública. Assim decidiu, por exemplo, a Suprema Corte do Colorado, deixando o Poder Legislativo livre para decidir como gerenciar esse recurso (GETCHES, 1997, p. 8-9).

No exercício do direito ao domínio eminente, o governo dos EUA não pode frustrar um *water right* para uso público, sem justa indenização, a qual deve necessariamente ser em dinheiro (GOLD, 1891, p. 481).

Feitas essas explicações iniciais, será melhor detalhado como funcionam, na sua forma pura, os tradicionais sistemas estadunidenses que regulam o uso da água. Atualmente, são raros os estados federados que adotam qualquer dos sistemas na sua forma pura. Muitos utilizam um sistema híbrido e regulamentado.

1.1 Riparian rights

Os *riparian rights* tiveram sua origem na *commom law* inglesa, em meados do Século XVIII, e foram de encontro aos institutos romanos de Justiniano, para os quais as águas, assim como o ar, eram *res communes*, ou seja, ao mesmo tempo de todos e de ninguém.

Nos estados onde a *commom law* não foi alterada, em especial no Oriente dos EUA, aos proprietários de terras adjacentes a corpos de água são concedidos certos direitos em razão dessa adjacência, direitos que são diferentes dos que pertencem ao público em geral (FARNHAM, 1904, p. 278).

A Suprema Corte dos EUA explicou a evolução histórica dos *riparian rights* no caso Estados Unidos v. Pecúária *Gerlach*.

In the middle of the Eighteenth Century, English common law included a body of water doctrine known as riparian rights. That also was the general Mexican law [...] As long ago as the Institutes of Justinian, running waters, like the air and the sea, were *res communes* -- things common to all and property of none. Such was the doctrine spread by civil law commentators and embodied in the Napoleonic Code

and in Spanish law. This conception passed into the common law (1950, p. 339).⁹

Tradicionalmente, os *riparian rights* eram regidos pela doutrina do *natural flow*¹⁰, segundo a qual cada proprietário de terra banhada por águas a elas tinha direito em sua condição natural, sem que outros usuários retardassem ou diminuíssem o seu fluxo, tampouco a poluíssem (AUSNESS, 1986).

No entanto, com o crescimento da população, da indústria e da agricultura, a doutrina do *natural flow* tornou-se impraticável. Além disso, as diferenças territoriais, geográficas e populacionais entre os EUA e o Reino Unido fizeram com que a doutrina se adaptasse às necessidades dos Estados Unidos. O caso paradigmático que refletiu essa evolução foi *Tyler v. Wilkinson*, cuja decisão introduziu no sistema a noção de uso racional (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 379).

O ribeirão pode usar a água como bem entender, seja para fins domésticos ou para irrigação, desde que esse uso seja razoável, o que implica dizer que não podem diminuir o volume de água disponível, nem comprometer a sua qualidade. Além disso, também tem o direito a todos os produtos oriundos das águas, desde que não prejudiquem os demais proprietários (FARNHAM, 1904, p. 1578).

O uso racional da água pelos proprietários ribeirinhos é solucionado, caso a caso, por um júri. Contudo, algumas premissas são estabelecidas previamente pelas Cortes, como o já mencionado uso racional (FARNHAM, 1904, p. 1578-1579). Outro requisito também deve ser observado: os usos prioritários. Em caso de escassez, o uso primordial deve ser o doméstico, de maneira que todos os proprietários de terras, ao longo do curso de água, possam dela fazer uso para suas necessidades primárias (FARNHAM, 1904, p. 1580).

Segundo Dellapenna (2004, p. 559), alguns fatores determinam o uso prioritário: (a) propósito do uso; (b) sustentabilidade do uso para os cursos de água; (c) valor econômico do uso; (d) quantificação e extensão dos danos; (e) possibilidade prática de evitar o dano ao ajustar o uso ou o método de utilização de um ou outro dos litigantes; (f) possibilidade prá-

⁹ Em meados do século XVIII, o direito consuetudinário inglês definiu uma doutrina para os recursos hídricos conhecida como direitos de ribeirinhos. Essa também já foi a lei geral mexicana [...] Como muito tempo atrás, nos Institutos de Justiniano, as águas correntes, como o ar e o mar, eram *res communes* - coisas comuns a todos e propriedade de ninguém. Tal era a doutrina transmitida por comentaristas de direito civil e incorporada no Código Napoleônico e na legislação espanhola. Essa concepção foi introduzida ao direito consuetudinário (1950, p. 339) (tradução nossa).

¹⁰ Fluxo natural (tradução nossa).

tica de ajustar a quantidade de água usada pelos litigantes; (g) proteção do valor envolvido de água, da terra, dos investimentos e do empreendimento; (h) justiça, ao exigir que o usuário supostamente causador do dano suporte a perda.

O princípio sobre o qual esses direitos se fundam é igualmente aplicável a todos os corpos de água, indistintamente. As Cortes Americanas divergem quanto à enumeração desses direitos. Algumas concedem mais do que outras (FARNHAM, 1904, p. 278).

Nenhum direito que é compartilhado igualmente por um número indefinido de pessoas pode ser absoluto, de modo que, embora reste água no local de sua propriedade (e manter a sua pureza seja um dos *riparian rights*), esse direito só pode existir observando-se um nível de razoabilidade, levando-se em conta todos os usos aos quais a água está sujeita, bem como o direito dos demais proprietários de terras adjacentes abaixo ou acima do curso das águas (FARNHAM, 1904, p.278 e 1565).

De acordo com Farham (1904, p. 295, 297-298), o proprietário ribeirinho tem o direito de acesso à água, e nem mesmo o Estado, na construção de dispositivos destinados a facilitar a navegação, pode impedi-lo de exercê-lo, a menos que seja feita uma compensação. Alguns tribunais, no entanto, recusaram-se a reconhecer esse direito ou declararam que este direito era subordinado ao direito público, de modo que eles poderiam ter o acesso impedido sem a devida compensação.

Esses *riparian rights* não são considerados direitos reais de propriedade, mas apenas direitos ao uso das águas para fins domésticos e outros propósitos legais¹¹. Assim, a propriedade a que se refere o direito dos EUA consiste não no direito real à água *per se*, mas no valor que ela agrega à terra. Nem mesmo o Poder Legislativo pode, à guisa de proteger interesses públicos, arbitrariamente interferir nos *riparian rights* (FARNHAM, 1904, p. 1565-1566).

Não se ganha ou se perde o direito à água pelo seu uso ou pela falta dele. Os *riparian rights* são entendidos como direitos naturais¹² pertencentes à terra. Aqueles que não são proprietários de terras adjacentes não possuem o direito ao uso como indivíduos privados. Apenas podem reclamar o direito à navegação ou compartilhar direitos públicos como o direito à pesca, ao gelo e outros. No entanto, como já dito, esses direitos podem ser relativizados para uso público em razão do poder de um domí-

11 Como restou estabelecido no caso *Warder v. Springfield*.

12 O sentido de direito natural atribuído nessa frase é de direito da natureza, e não faz referência à corrente jusnaturalista.

nio eminente (FARNHAM, 1904, p. 1569-1601), desde que devidamente indenizados.

O aumento da demanda por água e a intensificação das secas, somados a outros fatores, contribuíram para o surgimento de um sistema popularmente conhecido como *riparianism regulated*¹³, baseado em um sistema de licenciamento (CASSUTO, SAMPAIO, 2011, p. 380). Esse sistema tem sido adotado por 18 estados¹⁴. No entanto, a regulação estatal, como vem sendo exercida, não tem sido suficiente para garantir um acesso igualitário.

1.2 Prior appropriation

Passada a Guerra Civil, a política estadunidense começou a se preocupar com uma solução para as questões referentes à águas para o Oeste do país, onde o clima tornava-se cada vez mais árido, antes de chegar a uma zona úmida estreita ao longo da Costa Pacífica. Inicialmente, tentou-se adaptar a doutrina dos *riparian rights* ao território ocidental. No entanto, isso não foi suficiente, pois além do problema da escassez, houve um aumento considerável da demanda na mineração e na agricultura (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 382).

O governo federal reconheceu explicitamente a doutrina da *prior appropriation* com o *Minning Act* de 1866 (Lei de Mineração), o *Desert Land Act* (Ato das Terras Desérticas) de 1877 e por meio da Jurisprudência em numerosos casos.

O sistema da *prior appropriation* começou no oeste dos Estados Unidos, onde muitas terras foram apropriadas pelo governo. Por causa disso, poucos proprietários privados possuíam *riparian rights*. O fato que desencadeou esse novo sistema foi, em grande parte, a busca dos primeiros mineradores por água para seu trabalho nas terras federais¹⁵. Eles simplesmente seguiam as mesmas regras para apropriação dos minerais pelos quais competiam: *first in time, first in right*. Ou seja, o usuário mais antigo poderia utilizar, excluindo o uso dos demais beneficiários. As primeiras cortes reconheceram esse costume e logo passaram a aplicar as mesmas regras para agricultores e outros. Enquanto para a doutrina do *riparian*

¹³ Ribeirismo regulado (tradução nossa).

¹⁴ Maryland, Arkansas, Iowa, Wisconsin, Delaware, New Jersey, Kentucky, North Carolina, Florida, Minnesota, Georgia, New York, Connecticut, Massachusetts, Mississippi, Hawaii, Virginia, and Alabama.

¹⁵ O primeiro caso legal ocorreu na Califórnia, *Irwin v. Phillips*.

rights, o direito à água dependia da propriedade da terra, na *prior appropriation* era definido pelo primeiro uso (JOHNSON, 2009, p. 45).

Para garantir o direito, a pessoa deve: 1) cumprir com todas as exigências legais; e 2) utilizar a água para um propósito benéfico. Esses direitos permanecem válidos enquanto a pessoa estiver usufruindo dele (JOHNSON, 2009, p. 45).

Uma categoria importante na doutrina da *prior appropriation* é o “uso benéfico”. O uso benéfico pode ser qualquer uso produtivo. A única ressalva é que o uso não deve se tornar um desperdício. A definição de desperdício varia de região para região, mas em geral, a lei presume que os apropriadores não utilizarão a água de maneira que cause mais perda do que os usos típicos, o que torna o conceito extremamente variável, dependendo da riqueza da região e da geografia (CASSUTO, SAMPAIO, 2011, p. 383-384).

Os direitos de apropriação podem ser transferidos na medida em que não prejudiquem os direitos adquiridos dos outros. Assim, o primeiro usuário, o qual sempre mantém a prioridade, é chamado de *senior* e os subsequentes de *junior*. Dos estados que adotam a doutrina pura da apropriação, somente o Colorado não exige autorização para apropriação da água. Uma das desvantagens da apropriação é que ele pode acarretar problemas de ação coletiva, evitando o uso ideal da água (JOHNSON, 2009, p. 45).

Sob o lema *use it or lose it*¹⁶, na doutrina da *prior appropriation*, o não exercício pode acarretar a perda dos direitos de utilização da água (ADLER, 2010, p. 22).

Como já dito, o clima árido da região oeste foi um dos motivos para adoção desse sistema, visto que as necessidades de água nem sempre estavam localizadas nas terras que faziam fronteira com ela. Além disso, esse sistema não permitia que poucos proprietários afortunados monopolizassem esses direitos. Ocorre que, apesar de parecer mais equânime, tal sistema também não permite um uso igualitário.

2 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS AOS SISTEMAS HÍDRICOS ESTADUNIDENSES

No início da década de 80, em certas partes dos Estados Unidos, principalmente no Ocidente, o foco dos Estados federados sobre a independência energética levou a aumentar e a intensificar a competição pelos

¹⁶ Use-a ou perca-a (tradução nossa).

escassos recursos hídricos. As empresas de energia compravam os velhos direitos sobre as águas daqueles que os possuíam, porque a população rural marginalizada era incapaz de manter os sistemas de captação e, em decorrência disso, vendiam seus direitos, perdendo, assim, a capacidade de irrigar suas terras (STEADMAN; HECTOR, 1983, p. 1-3).

As pessoas que viviam na periferia das cidades, fora dos limites legais municipais, eram vítimas da degradação de suas águas por inúmeras fontes de poluição. Muitas dessas pessoas não conseguiam substituir ou aprofundar seus poços, o que as tornavam incapazes de localizar água de qualidade satisfatória, porque eram pobres. Por essa razão, encontravam-se em desvantagem nos processos de negociação e enfrentam dificuldades para achar uma fonte de abastecimento a um custo que pudessem pagar (STEADMAN; HECTOR, 1983, p. 1-3).

Passados mais de 30 anos, não obstante alguns avanços na política hídrica do país, esses problemas estão longe de serem resolvidos.

Além do grave problema social, as condições ambientais também estão terrivelmente ruins. A temperatura dos Estados Unidos só faz aumentar, em especial no Oeste, agravando ainda os problemas da região árida. Textos científicos dos EUA demonstram que esse crescimento é oriundo do aumento dos gases de efeito estufa, e que este fenômeno quase certamente irá continuar (MOTE et al., 2005, p. 48; CUBASCH et al., 2001).

As montanhas de neves do Oeste são um componente-chave do ciclo hidrológico, pois é onde ocorre o armazenamento de água do inverno (quando precipitação é mais intensa), para liberá-la na primavera e no início do verão, quando as demandas econômicas, ambientais e de lazer, no tocante à água em todo o Ocidente, são frequentemente maiores. Na maioria das bacias hidrográficas do Ocidente, especialmente em Washington, Oregon e Califórnia, a neve (ao invés dos reservatórios artificiais) é a maior fonte de armazenamento de água, o que deixa o Ocidente em uma situação de maior vulnerabilidade frente às variações climáticas (MOTE et al., 2005, p. 39).

As estimativas das taxas de aquecimento no futuro, para o Ocidente, estão na faixa de 2° a 5° C durante o próximo século. Em alguns lugares, houve aumento na precipitação pluviométrica, causando enchentes e, em outros, diminuição. No entanto, o aumento na precipitação foi no geral insuficiente para vencer os declínios causados pelo forte aquecimento regional, como exemplo, a região dos Cascades, onde ocorreu aumento nos índices de precipitação, mas desproporcional ao grande aumento da

temperatura, pois há um agravante de que esta região de neve é sensível a altas temperaturas (MOTE et al., 2005, p. 46-48).

O sistema dos EUA tem evoluído para uma regulação estatal (e não tanto do mercado), que fornece meios mais eficazes para gerenciar os bens públicos. No entanto, esta regulação ainda é precária.

O *Clean Water Act* de 1948, inicialmente, era um ato centrado na redução da poluição a partir de fontes pontuais, por meio de um sistema nacional de licenciamento – *National Pollutant Discharge Elimination System*¹⁷ (NPDES), o qual Estados federados poderiam administrar. A lei também exigia o monitoramento da qualidade da água do ambiente para identificar e priorizar a qualidade dos corpos hídricos, o total das cargas máximas diárias de poluentes específicos que esses corpos poderiam receber e traduzir essas cargas em requisitos de licenciamento e outras medidas. Em 1972, o ato passou por uma série de alterações que refletiram uma compreensão evolutiva dos desafios na gestão da água dos EUA (BRUNCH; TROELL, 2011, p. 837).

Embora o sistema de licenciamento reduza a hegemonia sobre o acesso à água, delegando ao Estado federado a responsabilidade por determinar a existência de água apropriável e se o uso proposto é benéfico, a complexidade bizantina do sistema ainda permanece. Mais problemático ainda é o fato de que as bases da doutrina *first in time, first in right* permitem pouca flexibilidade diante das novas realidades hidrológicas, além do controle sobre o recurso hídrico atingir relativamente poucas pessoas, o que não tem sido nada bom diante das mudanças ambientais na geografia e no clima que começam a ser levadas a sério (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 386).

Essas novas medidas, denominadas de adaptação do Direito das Águas, não darão conta de dar respostas às mudanças climáticas. Como afirma Adler, não é mais possível esperar por uma tomada de consciência da humanidade. Devem-se adotar critérios de prevenção e adaptação, simultaneamente (ADLER, 2010, p. 10).

Muitos Estados federados tem editado leis no sentido de que as decisões que concedem as licenças sejam baseadas em critérios que incluem o interesse público, mas tais leis não se aplicam aos *water rights* já existentes, como no Oeste, onde a água já fora apropriada há muito tempo (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 385).

Já no Leste, a doutrina dos *riparian rights* também não forne-

17 Sistema Nacional de Eliminação e Descarga de Poluentes (tradução nossa).

ce atualmente uma adequação ao interesse público. Essa doutrina foi desenvolvida em um ambiente de abundância de água e de uma economia agrária de subsistência, sendo que seus princípios foram projetados para preservar os usos domésticos por particulares, não prevendo a importância econômica deste bem ambiental. A abordagem estreita feita pelo Poder Judiciário no desenvolvimento da doutrina impõe sérias limitações na capacidade dos governos locais para atender às necessidades do consumo público (BUTLER, 1985, p. 179).

Os dois sistemas jurídicos hídricos incorporam o conceito de água como um bem público, mas permitem o exercício do direito de propriedade sobre ela, os denominados *water rights*. Apesar de negar a existência de um direito real sobre as águas, no sentido macroambiental, os *water rights* autorizam este exercício sobre uma parcela dela. Tanto o Oriente como o Ocidente passam por um período lento de transição para um sistema regulatório, mas mantêm ainda vestígios significativos dos regimes anteriores. Apesar dos avanços teóricos, a prática é muito limitada e incompatível com as mudanças hidrológicas relacionadas com o clima (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 374), exemplificativamente aponta acima.

Milaré escreveu, em sua obra *Direito do Ambiente*, que a lei de águas dos Estados Unidos tem uma das políticas hídricas mais avançadas do mundo, devido à promoção do uso racional.

Estados Unidos e Israel estão entre os países mais avançados em políticas de uso racional da água. O maior produtor mundial de grãos é o centro-oeste americano. Trata-se de uma região árida onde o aproveitamento permite safras com rendimentos surpreendentes, graças ao manejo racional desse recurso (MILARÉ, 2011, p. 262).

É preciso discordar desse ponto de vista.

As captações no Centro-Oeste e no Oeste dos Estados Unidos resultam de uma maciça apropriação da água, superficial, subterrânea e até mesmo das chuvas, de subsídios do governo e da vontade de gastar enormes quantidades de recursos para promover culturas dependentes de água nas regiões áridas do país. A doutrina da *prior appropriation* privilegia usuários com base na prioridade, ao invés do critério da razoabilidade. A exigência do uso razoável institui poucas restrições significativas, visto que o termo é uma cláusula aberta, exigindo-se, na prática, que o uso seja produtivo, o que permite a utilização altamente consumista, independentemente da realidade geográfica e hidrológica da região.

Talvez, o que Milaré tenha pretendido ressaltar seja a eficácia econômica e o excelente desenvolvimento de projetos de planejamento estratégico, mas não no sentido de uma eficiência de proteção ambiental da legislação.

A única limitação no regime da *prior appropriation* é que, ao contrário das jurisdições que adotam a doutrina dos ribeirinhos na sua forma pura, os *water rights* estão sujeitos à caducidade, pela falta de uso, o que na prática é de difícil aplicabilidade.

Já o regime dos *riparian rights* é ainda mais problemático. Ele atribui com exclusividade, direitos sobre as águas a poucos proprietários de terra. No entanto, com a regulação contemporânea desse sistema, no qual as licenças são distribuídas com base no critério da razoabilidade de uso, existe ao menos uma possibilidade do regime jurídico se adaptar e dar respostas a realidades emergenciais (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 408).

A doutrina dos *riparian rights*, em sua forma pura, não leva em conta de forma adequada as necessidades dos Municípios e dos pequenos usuários que são menos capazes de litigar ou se organizar contra o uso irracional dos grandes apropriadores de água (DELLAPENNA, 2004, p. 560).

Os benefícios de sistema regulado *riparianism* incluem a eficiência na alocação de recursos e nos incentivos de conservação (resultante da gestão pública), a estabilidade da distribuição dos direitos de água, e a capacidade do Estado de tomar medidas proativas antes de qualquer seca antecipada, visto que o sistema de gestão dos EUA permite vislumbrar claramente qual é a quantidade de água disponível para os usuários (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 380).

As desvantagens do sistema são que, além de poder ser muito cara a manutenção do aparelho administrativo burocrático (CASSUTO, SAMPAIO, 2011, p. 380), também não garante a equidade no seu cumprimento, podendo haver julgamentos administrativos arbitrários e tendenciosos (ABRAMS, 1990, p. 264-265).

Outra questão problemática é o déficit de regulamentação da legislação hídrica estadunidense, em especial na indefinição de uso razoável, para o Oriente, e de uso benéfico, para o Ocidente (CASSUTO, SAMPAIO, 2011, p. 408). O sistema padrão, baseado em “uso razoável”, oferece pouca ou nenhuma orientação real para os agentes administrativos decidirem quanto à expedição da licença no intuito de alcançar objetivos justos e

eficientes de distribuição de água (ABRAMS, 1990, p. 284).

A lei das águas também deve deixar de fazer uma falsa distinção entre fontes subterrâneas e superficiais. Deve reconhecer que elas estão interligadas e fazem parte do mesmo ciclo hidrológico, e deve evitar as extrações desenfreadas que incentivam o esgotamento dos aquíferos, a intrusão da água do mar em áreas costeiras e aluimento de terras (HUNDLEY, 1992, p. 417-418).

Existe uma forte resistência cultural estadunidense à regulação, fruto de seu regime econômico. Afirma Butler que um dos possíveis fatores da hesitação dos tribunais modernos dos EUA, no reconhecimento dos direitos de consumo público, possa ser o recente problema da relativa escassez dos recursos hídricos. Apesar das bruscas e intensas mudanças nas condições de abastecimento de água em muitas regiões do leste dos Estados Unidos, os princípios da doutrina ribeirinha tornaram-se demasiadamente arraigados em muitos tribunais (1985, p. 180).

Como o ativismo judicial é uma forte característica da *common law*, a autora afirma que a solução deve partir dos tribunais, no sentido de que estes devam aceitar a responsabilidade por essa tarefa e desenvolver uma acomodação mais razoável de interesses públicos e privados ou, numa situação menos provável, que os poderes legislativos estaduais estejam dispostos a responder com reformas abrangentes (BUTLER, 1985, p. 180).

Para Cassuto e Sampaio, a solução para os EUA envolve a adequação de normas já existentes às novas metodologias exigidas por uma Nação diante de um ambiente alterado. Em primeiro lugar, devem ser adotadas metodologias que incluam a precaução, a equidade intergeracional, a valorização dos serviços dos ecossistemas e a promoção de políticas de conservação da água. Todos esses princípios e metodologias já estão previstos no microssistema jurídico ambiental brasileiro. Em segundo lugar, uma definição dos termos “razoável” e “benéfico”. E em terceiro lugar, o modelo de execução deve se adaptar às realidades políticas e ecológicas emergentes, de forma que garanta a supervisão regulamentar e que suporte as pressões públicas semelhantes às enfrentadas pelos órgãos reguladores no Brasil, que devem ser órgãos técnicos e não políticos (2011, p. 409).

Por muito tempo, os Estados Unidos lideraram o mundo na regulamentação ambiental e de execução, tanto que a Lei 6.938 de 1981, que estabelece a Política Nacional de Meio Ambiente, foi inspirada no *National Environmental Policy Act*¹⁸ (NEPA), de 1970. Hoje, apesar de seu

18 Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (tradução nossa).

aparato regulatório, não manteve o mesmo ritmo frente aos novos desafios ambientais. A sugestão é que, intercalando os mais importantes princípios incorporados no ordenamento jurídico brasileiro com os métodos de aplicação e fiscalização dos Estados Unidos, seja possível moldar um sistema hídrico sustentável pós-mudanças climáticas (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 409).

O processo democrático já acomodou os avanços na gestão da água e proteção ambiental durante últimas décadas, e continua a promover lutas em tribunais e assembleias legislativas para sustentar e aumentar esses ganhos. No cômputo geral, porém, os ganhos foram em grande parte fragmentados, muitas vezes prejudicados pela falta de fiscalização e, frequentemente, mais simbólicos do que real, especialmente quando as pessoas nomeadas para as agências reguladoras não têm o compromisso ou recursos para realizar suas tarefas de forma eficaz. Ainda não surgiu uma grande liderança capaz de projetar e ganhar apoio público para uma política hídrica em geral inteligente e prática (HUNDLEY, 1992, p. 414).

Hundley afirma que não é novidade que os Estados Unidos têm abusado da terra e dos recursos hídricos e que não conseguiram desenvolver uma política coerente para as águas para um povo com uma tradição exploradora de séculos. Mas acredita que, ainda assim, há sinais de esperança em algumas legislações ambientais no país. No entanto, acredita que devido aos registros de abuso, o aumento populacional e a tolerância peculiar da humanidade para poluir seu habitat, a tarefa a ser enfrentada por aqueles que procuram informar e despertar o público é gigantesca (HUNDLEY, 1992, p. 417-418).

A crise da água nos Estados Unidos tem levado autores a cogitar uma maior interferência da União nos estados, até mesmo a instituição de uma política nacional de recursos hídricos. Isso, inclusive, porque é necessário reconhecer a água como recurso vital e com valor econômico. Ocorre que, ao que parece, essas mudanças, nos moldes dos atuais sistemas, não seriam factíveis frente ao regime econômico que adota o país, pois, para poupar o meio ambiente, deve-se necessariamente desacelerar o crescimento econômico.

Alguns estados federados foram vanguardistas ao regular a utilização das águas pluviais. Em primeiro lugar, por considerá-las públicas e passíveis de regulação, e em segundo lugar, por admitir que o uso das águas pluviais possa influenciar no regime hidrológico.

Ocorre que, infelizmente, os motivos que levaram os estados a

promover essa regulação não parecem ser frutos de uma ideologia distributiva, mas de preservar e manter alguns privilégios, seja dos proprietários de terras, seja daqueles que possuem velhos *water rights*, visto que as limitações de captação não afetam a todos, mas apenas os não possuidores/proprietários dos *water rights*.

3 O ACESSO À ÁGUA NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito das Águas, pelas novas preocupações e por ter a sociedade se tornado complexa, evoluiu de maneira que superou um ordenamento que tolerava a dominialidade privada da água e ressaltou a prevalência do interesse público no que se refere aos recursos hídricos, como será detalhado.

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, as águas eram classificadas segundo a sua titularidade em águas públicas, que poderiam ser de uso comum ou dominicais, águas comuns e águas particulares.

Desde o descobrimento do Brasil, em 1500, até sua independência, em 1822, as leis que regiam o Brasil foram as ordenações portuguesas do Reino. O Código Civil de 1916 continuou o legado português ao afirmar o interesse governamental nas águas, mas apenas em relação aos corpos navegáveis. Mesmo após a independência do Brasil e sob o regime constitucional brasileiro de 1824, os direitos sobre as águas foram definidos por uma espécie de regime de apropriação prévia, que permitiu que esses direitos fossem assegurados como direitos privados de propriedade.

Ocorre que a legislação brasileira de águas precisou se adaptar de um momento de abundância de água para a era atual de escassez periódica, pressões econômicas e políticas de uso, e também lutar para implementar as leis e os regulamentos em vigor. A crescente escassez de água resultante da má gestão ambiental, das catástrofes naturais (incluindo as alterações climáticas), das questões populacionais emergentes e do tratamento de água precisa tornar a efetividade da legislação hídrica uma prioridade, em todos os níveis governamentais (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 387).

A percepção do mundo jurídico de que a água é um recurso natural limitado, fadado ao esgotamento, originou diversas mudanças no ordenamento jurídico, propriamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a edição da Lei 9.433/97, que revogou grande parte do Decreto 24.643/34, mais conhecido como Código das Águas.

Uma das principais alterações feitas pela Constituição foi a extinção das águas municipais e particulares. Dessa maneira, todos os corpos de água passaram a ter domínio público, ou seja, não podem ser livremente apreendidos¹⁹.

Existe certa tendência, diga-se de passagem, equivocada, a se enxergar o bem ambiental como pertencente a uma das pessoas jurídicas de Direito Público Interno. O bem ambiental é público não pelo seu caráter subjetivo, mas porque o titular do meio ambiente é toda uma coletividade. A sua utilização é pública, pois todos têm o direito a usá-lo, uma vez que é imperativa a aplicação do princípio da não exclusão de seus beneficiários (caráter objetivo) (BENJAMIN, 1993, p. 71).

A determinação constitucional de uma dominialidade estatal para certos elementos que compõem o meio ambiente não afeta o seu raciocínio, pois o bem ambiental – como qualidade ambiental e como macrobem – não se confunde com seu suporte material, seja ele o mar, um lago, um rio, um sítio histórico etc. Dizer-se que o meio ambiente é um bem público de uso comum não implica desconhecer que os elementos que o compõem, quando perquiridos isoladamente, se filiam a regimes jurídicos múltiplos, ora como – na acepção do Código Civil – bens de propriedade pública (bens públicos em sentido subjetivo como, p. ex., os elencados no art. 20, da CF), ora como bens privados de interesse público, ora como meros bens privados (BENJAMIN, 1993, p. 77).

Assim, os elementos que compõem o meio ambiente, enquanto com ele relacionados, permanecem com a mesma natureza de uso comum ou difuso que o caracteriza. Dessa forma, um prédio tombado ou uma floresta preservada são bens públicos de uso comum do povo, mesmo que para outros fins sejam regidos pelo regime próprio dos bens privados (BENJAMIN, 1993, p. 70).

Isso significa que o titular de um bem ambiental, como as águas, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do bem ambiental, pois não integra a sua disponibilidade, haja vista que, mesmo fragmentadas, as águas permanecem sendo bens de uso comum do povo (SILVA, 2011, p. 86).

Quando se afirma que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a palavra direito está sendo utilizada no sentido

19 A doutrina majoritária corrobora esse entendimento, a exemplo de Luís Roberto Barroso, José Ribeiro, Maria Luíza Machado Granziera, Virgínia Amaral da Cunha Scheibe, Aldo da Cunha Rebouças e Vladimir Passos de Freitas. Minoritariamente, administrativistas como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles têm a opinião de que persiste a propriedade privada sobre águas comuns, como estipula o Código de Águas.

preciso de ser seu titular. Isto quer dizer que, mesmo sendo um direito difuso, de titularidade difusa, existe um titular individual, mas com particularidades, pois não pode ser transferida, alienada ou integrar seu patrimônio individual. Assim, o bem ambiental, como bem individualizado, integra um patrimônio público ou particular, mas existe sobre ele uma titularidade difusa que altera a sua essência. (SOUZA FILHO, 2008, p. 177)

Portanto, incumbiu-se o Estado de controlar o uso desse recurso, o que foi efetivado por meio da Política Nacional de Recursos Hídricos, segundo a qual a captação de água, regra geral, depende da concessão de outorga pela União ou pelos Estados-membros.

Outro aspecto inovador da Política Nacional é que a água passou a ter valor econômico, o que significa que o usuário deverá pagar para utilizá-la. Atualmente, o que se paga não é a água de *per si*, mas os serviços de saneamento, tais como captação, tratamento, adução e distribuição de água potável, assim como a coleta e o tratamento de esgotos. A cobrança pela água é instrumento de política de recursos hídricos, mas ainda não foi amplamente regulamentada.

A publicização das águas e a cobrança pelo seu uso repercutiram em diversas situações, como em relação à população mais pobre. O baixo consumo, principalmente o referente ao abastecimento das populações carentes, não deverá ser tributado, sob pena de ofensa ao princípio constitucional do direito à vida. O artigo 12, parágrafo 1º da Lei 9.433/97, dispõe que independem de outorga, e conseqüentemente de cobrança, o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural, e as derivações, captações e lançamentos, assim como acumulações de volumes de água considerados insignificantes.

Essa cobrança traz reflexos especialmente na área da economia, privilegiando o princípio da livre concorrência. Parte-se da afirmação de que uma condição preliminar de exercício de liberdade, inclusive da liberdade de ação econômica, é um mínimo de igualdade. As externalidades positivas geradas pela simples apropriação da água pelo particular serão neutralizadas com a implantação do sistema de cobrança.

Por exemplo, uma empresa que tem como base da sua produção o elemento água e a sua utilização não tem custos ganha muito mais competitividade no mercado do que outra que tem seus custos de produção sensivelmente elevados porque necessariamente deve pagar por esse recurso. Tal falha de mercado deve ser corrigida pela intervenção estatal, mediante a imposição tributária, de maneira a obrigar os agentes econômicos a considerarem os efei-

tos negativos no preço de determinado produto (MODÉ, 2006, p. 113).

A precificação da água deve pesar vários fatores, como a necessidade de recuperação total de custos, a sustentabilidade dos serviços de água, a equidade no acesso à água, e assim por diante. Um método para equilibrar esses interesses conflitantes é o uso crescente dos sistemas tarifários em blocos, nos quais o preço da água aumenta de acordo com o volume consumido. Assim, quanto mais o usuário consome, maior o preço, progressivamente. Em alguns países, como a África do Sul, é prevista uma “tarifa social”, a qual garante certa quantidade mínima de água mensal (na África do Sul, 6.000 litros) por família (BRUNCH; TROELL, 2011, p. 834).

Outro fundamento importante da Lei 9.433/97 é que a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades, tomando como base territorial para a implementação das políticas públicas as bacias hidrográficas. Além de pretender ser uma política de participação popular democrática, a lei priorizou a descentralização, a fim de que sejam respeitadas as características de cada região.

A Lei 9.433, permeada por questões sociais, estabeleceu que toda outorga deve estar condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deverá respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso, respeitando os usos múltiplos. Portanto, a Política Nacional de Recursos Hídricos tem como principal objetivo garantir o acesso equitativo a esse recurso de vital importância.

4 ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS HÍDRICOS DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS

Os sistemas jurídicos hídricos no Brasil e nos Estados Unidos se assemelham em alguns aspectos. Ambos são baseados no princípio de que a água é um recurso público gerido pelo Estado e em prol de toda a população. Esta doutrina tem origem no Direito Romano e é conhecida nos Estados Unidos como *Public Trust Doctrine*, e se amolda ao artigo 225 da Constituição Federal do Brasil de 1988. (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 387)

Ocorre que boa parte da doutrina estadunidense interpreta o princípio de que a água é um recurso público de maneira diferente da brasileira. Nos EUA, a água pertence aos cidadãos do Estado até que alguém adquira

o direito de uso, ou seja, o *water right*. Os cidadãos podem usar a água da chuva (*rainwater* ou *stormwater*), desde que a sua utilização não comprometa a quantidade ou a qualidade da água utilizada pelos apropriadores (CUMMINGS, 2012, p. 553).

No aspecto geográfico, os países também se parecem em alguns pontos: ambos possuem água em abundância, porém, desigualmente distribuída. Suas reservas de água tem diminuído consideravelmente em razão das mudanças climáticas. Em virtude desses problemas ambientais, os regimes jurídicos hídricos dos dois países estão também se modificando. O Brasil promoveu significativas mudanças legislativas nas últimas décadas, saindo de um sistema de propriedade privada das águas para outro, no qual são consideradas exclusivamente bens difusos de domínio público. O Direito Estadunidense também tem evoluído, partindo de um estrito sistema de *riparian rights* e *prior appropriation* para um sistema de licenciamento. Os Estados Unidos estão cada vez mais cientes da escassez de água e da necessidade de supervisão regulatória e, para tanto, cada Estado tem desenvolvido seus planos governamentais estratégicos (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 373).

Todavia, enormes desafios ainda persistem. O sistema administrativo do Brasil está mal equipado para fazer valer os direitos, além da dificuldade de dar eficácia aos princípios da precaução, da equidade e do uso múltiplo, ante a dependência do país em energia hidrelétrica. Nos Estados Unidos, apesar do aumento da regulação pelos estados por meio do licenciamento, os direitos sobre a água permanecem privativamente assegurados, mesmo que a água de *per si* seja um bem público perante a legislação. Isto permite que os direitos privados possam superar os direitos coletivos (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 374).

Embora esses dois países adotem sistemas jurídicos diferentes, o Brasil, a *civil law*, e os EUA, a *common law*, há muitos pontos em comum. Assim como aos Estados Unidos faria bem estudar a adaptabilidade e flexibilidade da moderna lei de águas do Brasil, este poderia se beneficiar ao analisar como aquele país tem conseguido planejar e cumprir eficazmente o seu direito, apesar da sua amplitude territorial e da geografia variável (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 374).

Apesar dos dois países estarem sendo afetados pelas mudanças climáticas, nenhum deles tem apresentado soluções eficazes a essas questões ambientais.

Em 29 de dezembro de 2009, o Brasil editou a Lei 12.187, que

trata da Política Nacional de Mudanças Climáticas, reconhecendo, assim, que as alterações climáticas diagnosticadas são também fruto da ação antrópica. Inclusive assume o compromisso nacional voluntário de redução das emissões dos gases de efeito estufa entre 36,1% (trinta e seis inteiros e um décimo por cento) e 38,9% (trinta e oito inteiros e nove décimos por cento) até 2020. No entanto, a implementação dessa política pública ainda deixa a desejar.

Nos Estados Unidos, a situação é caótica. Não há nenhum consenso no âmbito governamental quanto à existência de alterações climáticas e que essas tenham como causa ações antrópicas, tampouco consenso quanto à necessidade de uma política nacional abrangente. Por exemplo, o EPA – *United States Environmental Protection Agency*²⁰ afirma taxativamente que mudanças climáticas estão ocorrendo. No entanto, os EUA assinaram o protocolo de Kyoto, mas com forte oposição do Congresso e do Senado, nunca ratificaram, tampouco aderiram a sua prorrogação em 2012. Recentemente, ratificaram o Acordo de Paris, porém a eleição de Donald Trump coloca em risco o respeito ao acordo.

Alguns estados federados tomaram medidas individualmente ou em conjunto com outros, mas essa resposta fragmentada não pode substituir uma ampla ação federal. Embora a decisão da Suprema Corte, em 2008, no caso *Massachusetts v. EPA*, tenha autorizado a EPA a começar a regular as emissões de carbono à luz do *Clean Air Act*²¹, a agência tem dado alguns passos hesitantes ao tomar medidas que visam reduzir as emissões de carbono em vez da adaptação à mudança climática (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 406).

Dados os desafios oriundos da mudança climática, tanto os Estados Unidos, como o Brasil, devem avaliar se seus respectivos regimes jurídicos hídricos são suficientes para minimizar os efeitos drásticos das alterações ambientais, o que parecem não ser (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 407).

Os problemas do Brasil não se encontram no aspecto legislativo, mas no político-administrativo, como de infraestrutura e de execução. O Brasil depende mais de 75% da energia oriunda das hidroelétricas (WALZER, 2009).

Esse compromisso com infraestrutura requer enormes quantidades de água. Com o aumento das temperaturas e a crescente escassez de

20 Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (tradução nossa).

21 Lei do Ar Limpo (tradução nossa).

água, o Brasil não tem adotado estratégias de ação eficazes para resolver a questão energética, como tem se verificado no caso de São Paulo.

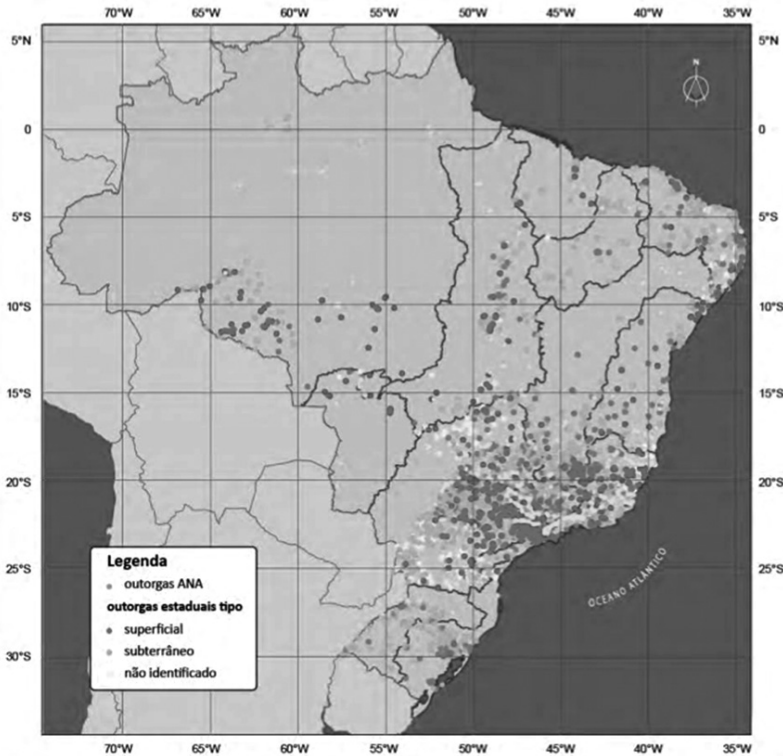
A dependência do país em energia hidrelétrica fez surgir outro grave problema. A fim de criar alternativas de geração de energia, o Brasil começou a construir mais usinas movidas a carvão. Por esse motivo, agora enfrenta o mesmo problema dos Estados Unidos e de muitos outros países: usinas movidas a carvão emitem enormes quantidades de gás carbônico, o que grava os problemas climáticos. Ou seja, ao invés de cumprir o objetivo de redução das emissões, está a gerar ainda mais. O que se observa é que não há um plano de governo com ações estratégicas ambientais, apenas ações isoladas para “apagar os incêndios”. O maior desafio para os formuladores de políticas públicas do país é como implementar as mudanças ambientais paradigmáticas trazidas pela Constituição de 1988 (CASSUTO; SAMPAIO, 2011, p. 410).

Além das mudanças climáticas, há também o problema do aumento populacional e da competição por água, dada a sua escassez, conforme os dados já apresentados, o que coloca em risco usos vitais, incluindo o consumo doméstico.

Em suma, as políticas de água no Brasil e nos Estados Unidos enfrentarão um futuro assustador. Os dois países são, respectivamente, fortes nos pontos onde o outro é fraco. O aparato burocrático do Brasil ainda não está de acordo com o seu sistema legal. As leis ambientais, incluindo a lei de Política Nacional de Mudanças Climáticas, bem como a lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, fornecem uma estrutura sólida sobre a qual se deve construir um Estado regulador. A tarefa a ser enfrentada envolve a formação um aparelho regulador forte e independente que possa suportar as pressões políticas e as campanhas para manipular a opinião pública, que visam minar a formulação de políticas ambientais.

No Brasil, a Administração Pública não executa de forma eficiente a Política Nacional de Recursos. Analisando o mapa (Figura 6), pode-se constatar a concentração de outorgas emitidas na região do Atlântico Leste, Atlântico Sudeste e Paraná, o que acarretou uma sobrecarga no sistema hídrico dessas regiões, e as consequências desse desequilíbrio já estão aparecendo, como a falta de água no Estado de São Paulo em 2015.

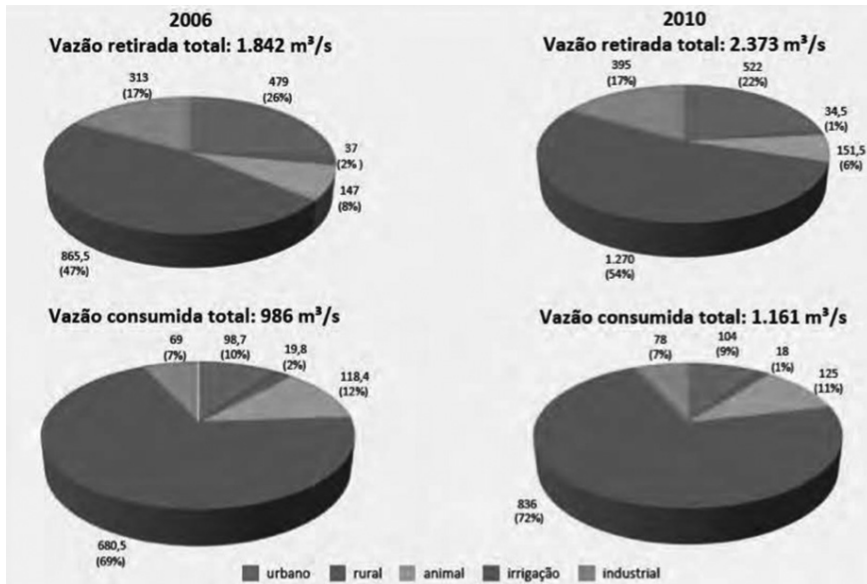
Figura 2 – Distribuição de outorgas emitidas pela ANA e pelos órgãos gestores estaduais de recursos hídricos para abastecimento industrial até dezembro de 2012.



Fonte: ANA, 2013, p. 118

Tampouco os usos múltiplos e prioritários dos recursos hídricos estão sendo priorizados. A irrigação consome grande parte da água que é captada. De acordo com o gráfico que segue (Figura 7), em 2010, foi responsável por 72% da vazão total consumida.

Figura 3 – Distribuição das vazões de retiradas e de consumo para diferentes usos: 2006 versus 2010



Fonte: ANA, 2013, p. 89

Esses números indicam que, na prática, a Política Nacional de Recursos Hídricos não tem sido implementada de forma satisfatória; advertem que o sofrimento e até a morte de seres humanos por falta de água, no Brasil, não é causada pela escassez, mas pela ineficiência do Poder Público em efetivar o direito de todos ao uso das águas públicas.

Se o desafio do Brasil diz respeito à implementação e eficácia da sua política pública hídrica, a dos EUA refere-se à legislação e teoria jurídica.

CONCLUSÃO

As captações no Centro-Oeste e no Oeste dos Estados Unidos resultam de uma maciça apropriação da água, superficial, subterrânea e até mesma das chuvas, de subsídios do governo e da vontade de gastar enormes quantidades de recursos para promover culturas dependentes de água nas regiões áridas do país. A doutrina da *prior appropriation* privilegia usuários com base na prioridade, ao invés do critério da razoabilidade.

A exigência do uso razoável institui poucas restrições significativas, visto que o termo é uma cláusula aberta, exigindo-se, na prática, que o uso seja produtivo, o que permite a utilização altamente consumista, independentemente de realidade geográfica e hidrológica da região.

Apesar das alterações legislativas dos EUA em relação aos recursos hídricos, as novas medidas denominadas de adaptação do Direito das Águas não darão conta de dar respostas às mudanças climáticas. Tanto o Oriente como o Ocidente passam por um período lento de transição para um sistema regulatório, mas mantêm ainda vestígios significativos dos regimes anteriores. Apesar dos avanços teóricos, a prática é muito limitada e incompatível com as mudanças hidrológicas relacionadas com o clima.

Se a legislação brasileira teoricamente é mais adequada ao propósito da preservação ambiental e do acesso equitativo, a eficiência da política pública estadunidense é notória.

Tanto o sistema jurídico brasileiro como o estadunidense são baseados no princípio de que a água é um recurso público gerido pelo Estado e em prol de toda a população. Ocorre que boa parte da doutrina estadunidense interpreta-o de maneira diferente da brasileira. Nos EUA, a água pertence aos cidadãos até que alguém adquira o direito de uso, ou seja, o *water right*.

Os sistemas hídricos do Brasil e dos EUA possuem pontos fortes e fracos que se complementam, pois se o aparato burocrático do Brasil ainda não está de acordo com o seu sistema legal, a legislação hídrica estadunidense precisa ser aperfeiçoada para estar no mesmo nível de qualidade do seu sistema gerencial.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Relatório da conjuntura dos recursos hídricos do Brasil*, Brasília, 2013. Disponível em: < http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2006_portuguese_summary.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2014.

ABRAMS, Robert. *Water Allocation by Comprehensive Permit Systems in the East: Considering a Move Away From Orthodoxy*, 9 VA. ENVTL. L. J. 255, 264–65 (1990).

ADLER, Robert. W. Climate Change and the Hegemony of State Water Law. *Stanford Environmental Law Journal*, v.29, n.1, 2010.

AUSNESS, Richard. *The Distribution of Water Rights: Water Rights, the Public Trust Doctrine, and the Protection of Instream Uses*, 1986 U. ILL. L. REV. 407, 416, 1986.

BENJAMIN, Antonio Herman (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRUNCH, Carl; TROELL, Jessica. Legalizing adaptation: water law in a changing climate. *Water International*, v. 36, n. 7, p.828–845, Nov. 2011.

BUTLER, Lynda L. *Allocating Consumptive Water Rights in a Riparian Jurisdiction: Defining the Relationship Between Public and Private Interests*, 47 U. PITT. L. REV. 95, p.102–03, 1985.

CASSUTO, David N.; REED, Steven. *Water Law and the Endangered Species Act* (July 28, 2010). Whose drop is it anyway?: Effective management of our nation's water resources, Megan Baroni, ed., 2010. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1650241>>.

CASSUTO, David N.; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Water Law in the United States and in Brazil - Climate Change & Two Approaches for Emerging Water Poverty. *William & Mary Environmental Law & Policy Review*, v. 35, p. 371-413, 2011.

CUBASCH, U.; MEEHL, G. A.; BOER, G. J. *Projections of future climate change*. Climate Change 2001: The Scientific Basis. Contribution of Working Group I to the Third Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, J. T. Houghton et al., Eds., Cambridge University Press, p. 525–582. Disponível em: <<http://www.ipcc.ch/ipccreports/tar/wg1/index.php?idp=338>>. Acesso em: 08 set. 2014.

CUMMINGS, Katherine. Adapting to Water Scarcity: A Comparative Analysis of Water Harvesting Regulation in the Four Corner States. *J. Environmental Law & Litigation*, v. 27, p. 539-570, 2012.

DELLAPENNA, Joseph W. *Adapting Riparian Rights to the Twenty-First Century*, 106 W. VA. L. REV. 539, 545, 2004.

FARNHAM, M. L. H. P. *The Law of Water and water rights*. International, National, State, and Municipal Water Supply. v. I. Rochester: The Lawyers' Co-Operative Publishing Company, 1904a.

FARNHAM, M. L. H. P. *The Law of Water and water rights*. International, National, State, and Municipal Water Supply. v. II. Rochester: The Lawyers' Co-Operative Publishing Company, 1904b.

GETCHES, David H. *Water law in a nutshell*. 4. ed. St. Paul, Minn: Thomson West, 1997.

GOULD, John M. *A treatise on the Law of Water*. 2. ed. Chicago: Callaghan and Company, 1891.

HUNDLEY, Norris. *The Great Thirst: Californians and Water, 1770s – 1990s*. Berkeley, Los Angeles, Oxford: University of California Press, 1992.

JOHN A. DUTTON E-EDUCATION INSTITUTE. *Background*. Disponível em: <<https://www.e-education.psu.edu/geog431/node/703>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

JOHNSON, John W. *United States Water Law: an introduction*. Boca Raton: CRC Press, 2009.

MILARÉ, Edis. *Direito do Meio Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência e glossário*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributos ambientais: a função do tributo na proteção do meio ambiente*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

MOTE, Philip W. et al. *Declining mountain snowpack in western North America*. 2005. Disponível em: <<http://journals.ametsoc.org/doi/pdf/10.1175/BAMS-86-1-39>>.

SILVA, José Robson da. *Patrimônio biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

STEADMAN, Margot J.; HECTOR, Alice G. *Water law: a growing dimension of poverty law: a water-law resource and litigation manual for low-income advocates*. Chicago: National Clearinghouse for Legal Services, 1983.

TARLOCK, A. Dan. *Law of water rights and resources*. Thompson Reuters, 2014.

WALZER, Robert P. *Brazilian Wind Power Gets a Boost*. *NY Times*. Disponível em: <http://green.blogs.nytimes.com/2009/11/09/brazilian-wind-power-getsaboost/?_php=true&_type=blogs&_r=0>. Acesso em: 08 set. 2014.

Artigo recebido em: 07/07/2016.

Artigo aceito em: 22/11/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

RIBAS, Giovanna Paola Primor. O tratamento jurídico dos recursos hídricos no Brasil e nos Estados Unidos da América. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 179-207, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/838>>. Acesso em: dia mês. ano.

A ÁRDUA TAREFA DA REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL DOS AGRICULTORES FAMILIARES NA AMAZÔNIA LEGAL¹

Syglea Rejane Magalhães Lopes

Doutora em Direito e Mestre em Instituições Jurídicas e Sociais
da Amazônia pela Universidade Federal do Pará (UFPA).
Professora da Faculdade Integrada Brasil Amazônia (FIBRA).
Professora Colaboradora da Universidade do Estado do Pará (UEPA).
Email: syglea@gmail.com

RESUMO

A pesquisa aborda sobre a regularização ambiental do agricultor familiar. O objetivo foi analisar as exigências legais trazidas pela Lei nº 12.651/12 e suas regulamentações, e o impacto no agricultor familiar localizado no nordeste paraense (Bragança, Capitão Poço e Garrafão do Norte). Realizou-se pesquisa documental, com visitas aos *sites* dos órgãos ambientais e fundiários. E, pesquisa de campo, aplicando-se entrevistas abertas aos agricultores, para se levantarem suas percepções quanto a sua regularização fundiária e ambiental. Posteriormente, visando analisar as estratégias políticas elaboradas pelo governo federal, foram aplicadas entrevistas aos técnicos do: Ministério do Meio Ambiente (MMA), Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), Serviço Florestal Brasileiro (SFB). Por fim, entrevistaram-se técnicos dos órgãos fundiários e ambientais, tanto federais quanto estaduais, no Estado do Pará. Depois, os dados foram confrontados com exigências legais, com o intuito de se identificarem possíveis obstáculos ao cumprimento dessas normas. Os resultados apontam a difícil tarefa de regularização ambiental desses agricultores relacionadas a escassez de regularização fundiária, escolaridade, e instrumentos da política agrária, florestal e ambiental.

Palavras-Chave: Agricultor Familiar; Lei nº 12.651/2012; Regularização Ambiental.

¹ Esta pesquisa fez parte do Projeto Inovagri, da Embrapa Amazônia Oriental, com base no acordo de Cooperação Brasil – *International Tropical Timber Organization* – ITTO - PD 346/05.

*THE ARDUOUS TASK OF ENVIRONMENTAL REGULATION OF
FAMILY FARMERS IN LEGAL AMAZON*

ABSTRACT

The research focuses on environmental regularization of the family farmer. The objective was to analyze the legal requirements introduced by Law 12.651/12 and its regulations, and the impacts on the family farm located in the northeast of Pará (Bragança, Captain Wells and North Garrafão). It was made a documentary research, with accesses to sites of environmental and land agencies. Besides, a field research, with open interviews to farmers to know their perceptions of their land and environmental regulation. Subsequently, in order to analyze the political strategies devised by the federal government, interviews were applied to the technicians of Ministry of Environment (MMA), Ministry of Social Development and Fight against Hunger (MDS)[1], National Institute of Colonization and Agrarian Reform (INCRA) and Brazilian Forest Service (SFB). Finally, technicians of environmental and the land agencies, state and federals, were interviewed in the state of Pará. Then, the datas were confronted with legal requirements, in order to identify possible obstacles to compliance with those standards. The results point out the difficult task of environmental regulation of farmers related to lack of regulation of the land, education and instruments of agrarian, forestry and environment policies.

Keywords: *Family farmer; Law n. 12.651/2012; Environmental regulation.*

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.326, de 2006 que estabelece as diretrizes para a formulação da política nacional da agricultura familiar e empreendimentos familiares rurais no Brasil define como agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos: suas áreas devem medir até 4 módulos fiscais²; deverão utilizar mão de obra familiar para o desenvolvimento das atividades econômicas; possuir percentual mínimo da renda familiar originada da atividade econômica desenvolvida em sua área e dirigir seu estabelecimento ou empreendimento com sua família. Esta lei também ampliou seus benefícios aos silvicultores, aquicultores, extrativistas, pescadores, povos indígenas, integrantes de comunidades remanescentes de quilombos rurais, desde que atendam algumas especificidades. E o novo código florestal (Lei nº 12.651, de 2012), inseriu como parte desse público os assentamentos e projetos de assentamento.

Trata-se, portanto de uma regulamentação relacionada a um dos princípios mais importantes do Direito Agrário que segundo Duque Corredor *apud* Rezek (2011) “[...] é o da proteção da família agricultora, sob o ponto de vista social, econômico e, acima de tudo, jurídico. Embora a agricultura familiar ocupe apenas 24% da área dos estabelecimentos rurais brasileiros, segundo Mattos (2016), responde por aproximadamente 70% do abastecimento do mercado consumidor doméstico de alimentos. Pode se associar, também, sua contribuição à manutenção da população rural no campo, porquanto, em regra geral, esta produz onde reside; à segurança alimentar, por os agricultores produzirem alimentos para consumo próprio e o excedente para o mercado interno; e à diminuição da pobreza, por aqueles se manterem economicamente ativos.

Em que pesem suas contribuições, os agricultores familiares são apontados por Almeida (2006) como parte dos agentes que contribuem para alteração da paisagem em razão da agricultura do corte e queima. Prática agrícola, considerada por eles como a mais econômica. Contudo, seu uso intensivo proporciona a degradação ambiental e diminui a produtividade agrícola. Porém, de acordo com Costa (1997) a predominância da roça de subsistência, que gera poucos resultados econômicos, sociais e ambientais, deve-se a ausência de políticas compatíveis com a realidade local do setor agrícola familiar da Amazônia.

² A Instrução Especial nº 2 do INCRA, de 28 de maio de 1980, estabelece o módulo fiscal de cada município.

E, Micollis et al (2011), ao analisarem as políticas públicas de sistemas agroflorestais em cinco regiões do país, apontaram barreiras estruturais aos agricultores familiares, nas quais incluíram a dificuldade para o cumprimento das normas ambientais, e citam trabalho desenvolvido por Micollis (2008), que indica alguns fatores referentes a essa dificuldade, como: falta de acesso a informação pertinente e em caráter compreensivo, baixo grau de organização social, qualificação técnica e conhecimento formal.

Os dados apontam a necessidade de se aprofundarem os estudos relativos a esses obstáculos. Dessa forma, considerou-se relevante analisar as dificuldades por parte dos agricultores familiares para se regularizarem ambientalmente. Tomando-se a Lei nº 12.561/12 como referência, porquanto ela trouxe novas exigências para a regularização ambiental, que, embora abrangente, ao se reportar ao atendimento da legislação ambiental, manteve uma urgência em relação à manutenção e recuperação das Áreas de Preservação Permanente (APP), Área de Reserva Legal (ARL) e de Uso Restrito (UR).

Ao se abordar a regularização ambiental, é importante trazer esclarecimentos sobre a competência legislativa ambiental. Esta é prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 24, que estabelece caber à União legislar sobre normas gerais e, aos estados, legislar de forma complementar, ou seja, complementando com aspectos de cunho regional a norma geral. E, em seu artigo 30, inciso II, prevê aos municípios a possibilidade de suplementar a legislação federal e estadual no que couber. E há, também, previsão, quando da ausência de norma geral, de os estados poderem legislar de forma plena, conforme §3º do artigo 24 da Constituição. Corroboram desta interpretação Fiorillo e Rodrigues (1997, p. 190) ao tratarem sobre o assunto concluem: “Assim, tanto a União, quanto Estados, Município ou Distrito Federal são titulares do exercício do poder de polícia, já que todos possuem competência para legislar na respectiva área de atuação”.

Portanto tratar das exigências legais para regularização ambiental dos agricultores do nordeste paraense implica análise de normas ambientais federais, estaduais e, quando houver, municipais. Nesse caso, as análises foram concentradas nas normas federais e do Estado do Pará.

A hipótese de pesquisa era de que o cumprimento dessas normas seria difícil, em razão da regularização fundiária, do acesso aos instrumentos da política agrícola, florestal e ambiental, bem como aos direitos fundamentais, nesse caso particular, a educação formal.

De acordo com Marques e Malcher (2009, p.22-23), a regularização fundiária de imóvel rural é: “um conjunto de procedimentos efetivados por uma instituição fundiária, norteados por legislação específica, que resulta na expedição de um documento ou título, capaz de assegurar ao seu detentor e exercício do direito de uso ou de propriedade do imóvel.”

E referente aos instrumentos das políticas públicas devem ser compreendidos como mecanismos disponibilizados ao Poder Público para o alcance dos objetivos das referidas políticas (HOWLETT, 2011). Nesse caso, aqueles referentes à política agrícola encontram-se previstos na Lei n.º 8.171, de 1991, em seu artigo 4.º, incisos de I a XIX, dentre eles: assistência técnica e extensão rural, mecanização, crédito. Referente à política florestal é possível identificar na Lei n.º 12.651, de 2012, o Cadastro Ambiental Rural – CAR, a Cota de Reserva Ambiental – CRA, o pagamento por serviços ambientais, dispersos em diferentes artigos. E, quanto à política ambiental, os mesmos encontram-se previstos no artigo 9.º, da Lei 6.938, de 1981, com destaque ao licenciamento ambiental e espaços especialmente protegidos.

Como esta pesquisa fez parte do Projeto Inovagri, de responsabilidade da Embrapa Amazônia Oriental, a área já havia sido previamente selecionada, a qual inclui o Estado do Pará, que, de acordo com dados do censo de 2006 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), possui o maior número de propriedades familiares (195.985). Foram inseridos os municípios de Bragança, Capitão Poço e Garrafão do Norte, todos localizados no nordeste paraense, com áreas de 2.091,90 km², 2.899,50km² e 1.599,00km², respectivamente, conforme informações do *site* do Programa Municípios Verdes (PMV, 2016).

O público-alvo incluiu 27 agricultores familiares e um agricultor que está fora dessa classificação, pelo fato de sua área exceder 4 módulos fiscais: 9 em Bragança, 9 em Capitão Poço e 10 em Garrafão do Norte. No município de Capitão Poço, duas áreas pertencem a associações.

Utilizou-se inicialmente a pesquisa documental para o levantamento das normas sobre a regularização ambiental dos agricultores familiares do nordeste paraense e as principais normas fundiárias, tanto federais quanto estaduais. Para isso, foram visitados *sites* dos órgãos ambientais e fundiários. Em seguida, realizou-se pesquisa de campo, aplicando-se entrevistas abertas aos agricultores/parceiros, nos dias 20 a 24 de julho de 2015, com o objetivo de se levantar sua regularização fundiária e ambiental³.

³ Na ausência de dois dos agricultores, as esposas foram entrevistadas.

Em relação aos 10 agricultores de Bragança, foram entrevistados 9, pois um estava viajando. Durante as entrevistas, tomou-se conhecimento de que um agricultor estava vendendo sua propriedade, motivo pelo qual foi excluído das análises⁴. A seguir, foram entrevistados 7 dos 9 agricultores localizados em Capitão Poço, pois 2 não foram encontrados, dentre eles, um era representante da Associação de Produtores de Igarapé Grande (APIG). Posteriormente, excluiu-se a entrevista da representante da área da Associação dos Pequenos Produtores Rurais de Carrapatinho, portanto foram analisadas 6 entrevistas. Por fim, entrevistaram-se os agricultores localizados em Garrafão do Norte, onde foram previstas e realizadas 10 entrevistas.

Em seguida, com o objetivo de se analisarem as estratégias políticas elaboradas pelo governo federal, prosseguiu-se com a pesquisa de campo nos dias 31 de maio e 01 de junho de 2016, aplicando-se entrevistas aos técnicos do: Ministério do Meio Ambiente (MMA), Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS)⁵, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), Serviço Florestal Brasileiro (SFB). Por fim, foram entrevistados técnicos dos órgãos fundiários e ambientais, tanto federal quanto estadual, localizados no Estado do Pará.

Depois, os dados foram confrontados com as exigências legais para regularização ambiental desses agricultores, com ênfase na manutenção e recuperação de APP e ARL, e nas dificuldades enfrentadas, com o objetivo de se refletir quanto à necessidade de se abrirem novos caminhos que permitam a efetividade das referidas normas.

O artigo encontra-se dividido, além da introdução e recomendações finais, em mais quatro partes: as exigências para regularização ambiental do agricultor familiar na esfera federal; a regularização ambiental do agricultor familiar no Estado do Pará; regularização ambiental dos agricultores familiares do nordeste paraense a partir da Lei nº 12.651/12 e a Lei n.º 12.651 de 2012 seus avanços e a necessidade de ações complementares.

4 Em meados do mês de julho de 2016, tomou-se conhecimento, pela técnica do Projeto Inovagri, Maricelia Barbosa, de que este agricultor desistiu da venda.

5 Este ministério foi extinto por meio da Medida Provisória nº 726, de 12 de maio de 2016.

1 AS EXIGÊNCIAS PARA REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL DO AGRICULTOR FAMILIAR NA ESFERA FEDERAL

Neste item são apresentadas as principais exigências para regularização ambiental do agricultor familiar na esfera federal. Inicialmente, são feitas breves considerações sobre as Áreas de Preservação Permanente e a Área de Reserva Legal. Em seguida, trata-se da inscrição do agricultor familiar no Cadastro Ambiental Rural. Posteriormente, aborda-se sobre a regularização fundiária no processo de regularização ambiental. Após sobre os agricultores familiares e as áreas consolidadas até chegar ao programa de regularização ambiental.

1.1 Breves Considerações sobre Áreas de Preservação Permanente – APP e Área de Reserva Legal - ARL

As ARL e as APP são citadas por Carneiro (2001) como parte das quatro categorias fundamentais de Espaços Especialmente Protegidos (EEP). Esses espaços encontram-se previstos como instrumento da política nacional de meio ambiente por meio da Lei nº 6.938, em seu artigo 9.º, inciso VI. E têm previsão na Constituição Federal, no artigo 225, §1º, inciso III, ao se incumbir ao Poder Público definir em todas as unidades da federação esses espaços e se obrigar que sua supressão só possa se dar mediante lei, além de se proibir qualquer forma de uso que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. Por fim, é possível inferir que os EEP devem ser entendidos como gênero, por abrigarem espécies diferentes de áreas protegidas, entre elas, as APP e as ARL.

As APP são áreas que podem ou não estar cobertas com vegetação e têm função de: “preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”, conforme artigo 3º, inciso II, da Lei 12.651/12. Verifica-se que foram postas pelo legislador como EEP a serem preservados.

A segunda espécie, as ARL, são áreas localizadas no interior de propriedade ou posse rural, cuja delimitação prevista em lei varia por região e tipo de vegetação, e seus recursos naturais podem ser utilizados de modo sustentável, e contribuem para: “auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa”, con-

forme Lei nº 12.651, de 2012, artigo 3º, inciso III. Compreende-se que sua base está na conservação.

1.2 A Inscrição do Agricultor Familiar no Cadastro Ambiental Rural (CAR)

A regularização ambiental implica desenvolver atividades no imóvel rural, com o objetivo de atender as exigências da legislação ambiental, priorizando-se ações referentes à manutenção e recuperação de áreas de preservação permanente, de reserva legal e de uso restrito, bem como a compensação da reserva legal quando for o caso.

Objetivando-se implementar a regularização ambiental, foi inserido na esfera nacional o CAR. Trata-se de acordo com o artigo 29 da Lei n.º 12.651 de 2012 de um registro eletrônico de todos os imóveis rurais localizados no Brasil, com o intuito de integrar informações, em âmbito nacional, que permitam traçar ações de planejamento, controle e monitoramento das atividades econômicas e combate ao desmatamento⁶.

Inicialmente, a Lei nº 12.651/12 previu em seu artigo 59 o prazo de um ano, para que todos os imóveis rurais fossem inscritos no CAR, contado a partir da implementação desse cadastro. Este foi considerado implementado nacionalmente, a partir da data de publicação da Instrução Normativa nº 2 do MMA, de 06 de maio de 2014. Atualmente, esse prazo encontra-se prorrogado até 31 de dezembro de 2017, por meio da Lei nº 13.295, de junho de 2016.

No que diz respeito à inscrição do agricultor familiar no CAR, esta se encontra no artigo 55 e prevê como obrigatória apenas a apresentação dos documentos mencionados nos incisos I e II do §1º do art. 29, que incluem a identificação do proprietário e o comprovante da propriedade ou posse e de croqui indicando o perímetro do imóvel, as APP e os remanescentes da ARL.

Previu-se, também, no artigo 53, que a captação das coordenadas geográficas para fins de localização da ARL ficará por conta dos órgãos do Sistema Nacional de Meio Ambiente – Sisnama ou de instituição por ele habilitada. Garantiram-se a gratuidade para seu registro e apoio técnico e jurídico, além de se prever, em seu artigo 54, parágrafo único, a obrigação de o Poder Público estadual apoiar tecnicamente a recomposição dessas

⁶ Para maiores informações sobre o CAR ler PETERS, Edson Luiz; PANASSOLO, Alessandro. *Cadastro Ambiental rural - CAR & Programa de Regularização Ambiental – PRA*. Curitiba: Juruá, 2014.

áreas.

Ressalte-se, em relação aos assentamentos, que todos se encontram inscritos no CAR perímetro. E o trabalho continua no sentido de se realizar o cadastro individual dos assentados⁷. Ainda, em relação aos assentamentos, não se pode desprezar a contribuição do Ministério Público Federal (MPF). Primeiro, ao ajuizar ações em sete estados da Amazônia Legal, seis em 2012 e um em 2013, objetivando a condenação do Instituto de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) pelos danos perpetrados. Os estados envolvidos foram: Pará, Amazonas, Rondônia, Roraima, Acre, Mato Grosso e Maranhão⁸.

Segundo, quando o MPF firmou Termo de Compromisso (TC) em 08 de agosto de 2013 com o INCRA de Brasília, cujo objeto foi o ajustamento da conduta do INCRA naquilo que se refere à gestão de assentamentos com passivo ambiental, localizados na Amazônia Legal, visando à extinção, com julgamento do mérito, das referidas ações civis públicas. Nesse TC, consta a obrigação do INCRA de requerer o CAR individual e o Licenciamento Ambiental em assentamentos. Nesse sentido, o INCRA se viu obrigado a contratar prestação de serviço para realização do CAR⁹.

1.3 Regularização Fundiária no Processo de Regularização Ambiental

Incluiu-se a regularização fundiária por representar uma etapa imprescindível ao agricultor familiar, a sua regularização ambiental e ao acesso aos instrumentos da política agrária, ambiental e florestal. Verificou-se que, embora os dados para inscrição no CAR sejam declaratórios, posteriormente, precisarão ser comprovados, para que o agricultor possa dar sequência ao processo de regularização.

Ademais, como bem explanado por Alencar et al (2016, p. 80 e 81), a insegurança jurídica quanto à posse da terra contribui negativamente em relação à conservação da floresta, pois desestimula investimentos e práticas produtivas de longo prazo; ainda que esteja a se referir aos assentamentos, sua análise é pertinente para as demais áreas.

7 Entrevista aplicada em 31 de maio de 2016, ao Coordenador Geral de Meio Ambiente do INCRA, em Brasília, João Augusto Scaramello.

8 Cópia do Termo de Ajustamento de Conduta encaminhada via *email* por Leonardo Andrade Macedo, procurador da república de Uberlândia-MG.

9 Cópia do Termo de ajustamento de Conduta encaminhada via *email* por Leonardo Andrade Macedo, procurador da república de Uberlândia-MG.

Stella et al (2016, p. 187) afirmam que a regularização é um dos elementos que irá contribuir para viabilização do aumento da rentabilidade nas áreas abertas e valorização da floresta em pé. E permitirá ao agricultor familiar acessar as linhas de financiamento e de investimento no assentamento, possibilitando trazer instrumentos técnicos para facilitar o processo de regularização dos lotes e das atividades produtivas. Aqui, novamente, há referência para assentamentos, mas, também, são pertinentes aos agricultores familiares não assentados.

Referente aos assentados, a Constituição estabelece que os beneficiários de imóveis rurais pela reforma agrária receberão título de domínio ou de concessão de uso. Atualmente, o INCRA firma inicialmente, com o assentado, o Contrato de Concessão de Uso (CCU), transfere o imóvel rural ao beneficiário da reforma agrária em caráter provisório e lhes assegura o acesso à terra, aos créditos disponibilizados pelo INCRA e a outros programas do governo federal. Verificou-se a necessidade de se estar regular do ponto de vista fundiário, mediante o CCU, para que o assentado possa acessar a terra em si, os créditos e outros programas¹⁰.

Decorrido o prazo de dez anos, o assentado receberá o título de domínio da área, previsto na Lei nº 8.629/93, desde que tenha cumprido as cláusulas do CCU e tenha condições de cultivar a terra e de pagar o título de domínio em 20 (vinte) parcelas anuais.

Referente aos agricultores fora do programa de reforma agrária, mas que estejam localizados em glebas federais, desde que estas se encontrem discriminadas e arrecadadas, há um programa de regularização fundiária que merece destaque, o Programa Terra Legal Amazônia. Trata-se de um programa coordenado pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA)¹¹, com o objetivo de regularizar as ocupações legítimas, com prioridade a pequenos produtores e comunidades locais da Amazônia Legal.

1.4 Os Agricultores Familiares e as Áreas Consolidadas

As áreas consolidadas referem-se aos imóveis rurais onde existia ocupação antrópica anterior à data de 22 de julho de 2008, incluindo edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, nesse caso, admitindo-se, inclusive, a adoção do regime de pousio, ou seja, áreas segundo CONTO et al (1999) deixadas em descanso objetivando a recuperação da

¹⁰ Informação ratificada por Ronaldo Coelho.

¹¹ Ministério foi extinto por meio da Medida Provisória nº 726, de 12 de maio de 2016.

fertilidade natural do solo e redução da infestação de plantas invasoras.

O objetivo do legislador foi dar tratamento diferenciado a todos os imóveis rurais cuja dimensão não ultrapasse 4 módulos fiscais, independente de serem ou não familiares, portanto expandiu a todos esses imóveis, a permissibilidade de continuação das atividades econômicas, ainda que desenvolvidas de forma irregular, em ARL e de APP, desde que anterior a 22 de julho de 2008. Houve, contudo, forte distinção nesse tratamento em relação às ARL e APP. No que concerne à ARL, o agricultor familiar poderá tê-la utilizado até 100%, sem nada ter que recuperar; é o que se depreende da interpretação do artigo 67 da Lei nº 12.651/12.

Em relação às APP, há necessidade de recuperação, mas com previsão de tamanhos inferiores ao previsto anteriormente, ou seja, permitiu-se e/ou consolidou-se o uso de atividade econômica em uma parte das APP. Nesse caso, o agricultor precisará recuperar uma parte da área alterada, conforme quadro abaixo.

Quadro 1 - Áreas de Preservação Permanente Localizadas em Áreas Consolidadas

Tipologia	Módulo Fiscal	Medida de Recomposição	Parâmetro para Medição
Ao longo dos Cursos d'água	Até 1	5	Contados a partir da calha do leito regular, independente da largura do curso d'água
	> 1 até 2	8	
	> 2 até 4	15	
Entorno de nascentes e olhos d'água		15	
Entorno de lagos e lagoas naturais	Até 1	5	Contado em faixas marginais, com largura mínima
	> 1 até 2	8	
	> 2 até 4	15	
Veredas	Até 4	30	Em projeção horizontal, delimitadas a partir do espaço brejoso e encharcado, de largura mínima

Fonte: ELABORAÇÃO PRÓPRIA, 2016.

No Quadro 1, estão APP com previsão para consolidação de atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural desenvolvidas até a data de 22 de julho de 2008. A Lei nº 12.651, de 2012, especificou os tipos de APP e estipulou, a partir do tamanho mensurado em módulos fiscais, quanto de área poderá ser mantida com a atividade. Trabalhou-se apenas com as áreas que medem até 4 módulos fiscais e com os assentamentos, objeto dessa análise.

Percebeu-se a flexibilização na utilização de APP referente aos imóveis rurais que medem até 4 módulos fiscais ao se relacionar a possibilidade de redução em razão do tamanho da área. O legislador, também, permitiu o uso das bordas de tabuleiros em áreas de até 4 módulos fiscais, sem se referir à necessidade de estarem localizadas em áreas consolidadas.

Por fim, ainda referente às APP, estas poderão ser utilizadas quando estiverem em situações que caracterizem utilidade pública, interesse social ou de baixo impacto. Importa citar duas referentes aos atores trabalhados. A primeira, de interesse social, incluiu a pequena propriedade ou posse rural familiar, ou povos e comunidades tradicionais, desde que não descaracterize a cobertura vegetal existente e não prejudique a função ambiental da área. A segunda refere-se à atividade de baixo impacto em que se previu a possibilidade de construção de moradia de agricultor familiar, onde o abastecimento de água se dê pelo esforço próprio dos moradores; a exploração agroflorestal e o manejo florestal sustentável, incluindo a extração de produtos não madeireiros.

Como essa interpretação é extensiva aos assentamentos e projetos de reforma agrária, deve-se discutir em maior profundidade sobre o passivo ambiental. Pesquisa realizada por Alencar et al (2016, p. 48) conclui que uma boa parte dos assentamentos localizados na Amazônia Legal são áreas que chegaram ao INCRA com passivos ambientais. Como a recuperação dessas áreas é uma obrigação real¹², ao comprá-las, ou desapropriá-las, trazendo para seu patrimônio, o INCRA torna-se responsável pela recuperação delas e pode entrar com ação regressiva, a fim de ser ressarcido dos gastos com a recuperação.

O que não se pode é aceitar a transferência de responsabilidade ao assentado de infração e/ou crime cometido por outros agricultores, que se beneficiaram e lucraram com a prática infracional e/ou criminosa. E,

¹² Conforme previsão da Lei nº 12.651/12, artigo 2º, § 2º, que estabelece: “As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural”.

menos ainda, transferir o ônus ao assentado da área já desmatada e da qual o INCRA tem ciência do desmatamento. Ressalte-se, ainda, a necessidade de o instituto em pauta identificar a existência de áreas consolidadas para identificação da ARL, pelo fato de receber o mesmo tratamento dos agricultores familiares, ou seja, é obrigado a manter apenas o que existia de vegetação até a data de 22 de julho de 2008.

1.5 Programa de Regularização Ambiental (PRA)

Para recuperação das áreas consideradas irregulares, houve previsão, na Lei nº 12.651/12, do Programa de Regularização Ambiental (PRA), a ser instituído pela União, Estados e Distrito Federal. O prazo legal concedido para sua implantação por parte do Poder Público foi de um ano, contado a partir da publicação dessa lei, prorrogável por mais um ano. Assim, o PRA poderia ser implantado pelos estados até 28 de maio de 2014.

Quanto à adesão ao PRA, o prazo é contado a partir de um ano após sua implantação e pode ser prorrogado por mais um ano. Contudo esse prazo foi inicialmente prorrogado até 05 de maio de 2017, apenas para pequenas propriedades e agricultores familiares, por meio da MP nº 724, de 04 de maio de 2016.

Saliente-se, ainda em relação a esse prazo, que, como a lei exige, para aderir ao programa em questão, estar inscrito no CAR, e se levando em consideração que o prazo para inscrição neste foi prorrogado para 31 de dezembro de 2017, o prazo para se inscrever no PRA deverá ser alterado, embora não se tenha localizado nenhum documento legal informando essa alteração.

O Decreto nº 7.830, de 17 de outubro de 2012, estabeleceu normas de caráter geral referentes ao PRA e incluiu como instrumentos desse programa: o CAR, o Termo de Compromisso (TC), o Projeto de Recomposição de Áreas Alteradas (PRAD) e as Cotas de Reserva Ambiental (CRA).

Esses instrumentos ficarão à disposição daqueles que desejem aderir ao PRA. Essa adesão se dará em relação às infrações nas APP e ARL, cometidas antes de 22 de julho de 2008. Conforme prevê a Lei 12.651/12, o procedimento para adesão ao PRA inclui inicialmente a inscrição do imóvel rural no CAR e a solicitação ao órgão ambiental de adesão ao PRA. Este providenciará a elaboração do TC mediante a apresentação, por parte do interessado, do PRAD. Somente após esse procedimento é que haverá

possibilidade de suspensão das multas aplicadas, desde que estas sejam referentes a desmatamento em áreas de ARL e/ou APP. E a CRA consiste em uma forma de compensação de ARL. Frise-se a importância da CRA como título nominativo representativo de área com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação, que poderá ser utilizado pelos agricultores familiares, inclusive sobre suas áreas ARL, permitindo-lhes ganhar dinheiro com o uso da floresta em pé.

Como inexistente a necessidade de recuperação de ARL aos agricultores familiares que desmataram essas áreas antes de 22 de julho de 2008, tampouco de compensá-las, tratou-se apenas da recuperação da APP. Nesse caso, há previsão para imóveis de até 4 módulos fiscais, de modo que, somadas todas as APP do imóvel, não poderão ultrapassar 10% da área total do imóvel com área total de até 2 módulos fiscais e 20% para os que forem acima de 2 até 4 módulos fiscais.

E se previu, na lei citada acima, por meio do seu artigo 61-A, §13, inciso de I a IV, as seguintes formas de recomposição: condução de regeneração natural de espécies nativas; plantio de espécies nativas; plantio de espécies nativas conjugado com regeneração de espécies nativas; e plantio intercalado de espécies lenhosas, perenes ou de ciclo longo, exóticas, com nativas de ocorrência regional, em até 50% da área total a ser recomposta, no caso dos imóveis a que se refere o inciso V do caput do artigo 3º.

Outra previsão da norma federal se dá aos infratores que desmataram essas áreas após 22 de julho de 2008. Nesse caso, inexistem benefícios previstos na lei federal, que dá ênfase à necessidade de punição, consoante previsto no artigo 9º, §1º do Decreto nº 8.235, de 05 de maio de 2014. Contudo há, na Lei 9.605/1998 e no Decreto nº 6.514/2008, a possibilidade de o infrator de solicitar a conversão de multa em serviços ambientais, desde que a solicitação seja aceita pelo órgão ambiental e, também, o solicitante assine TC, responsabilizando-se pela recuperação da área e, quando for o caso, apresentando, inclusive, projeto para isso.

No caso dos assentados da reforma agrária, também, haverá necessidade de o INCRA levantar a data em que o agricultor familiar foi efetivamente assentado e verificar se houve desmatamento posterior a essa data; somente nesse caso, o assentado deverá ser responsabilizado.

2 A REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL DOS AGRICULTORES FAMILIARES NO ESTADO DO PARÁ

Neste item são apresentadas as principais exigências para regularização ambiental do agricultor familiar no estado do Pará. Inicialmente, faz-se um breve histórico sobre o CAR no Pará. Em seguida, trata-se da contribuição do Ministério Público Federal para além da inscrição do agricultor familiar no CAR. Posteriormente, aborda-se sobre O CAR no Pará após a Lei n.º 12.561 de 2012. Logo após, descreve-se sobre a regularização fundiária. Por fim, apresentam-se os procedimentos para os agricultores familiares que cometeram infrações e/ou crimes ambientais.

2.1. Breve Histórico do CAR no Estado do Pará

O Estado do Pará já dispunha de CAR desde 2008. Na época, a construção desse modelo incluiu visita ao Estado de Mato Grosso, que utilizava a Licença Ambiental Única (LAU), voltada para autorização de desmatamento com ênfase na regularidade das APP e ARL, utilizando o georreferenciamento¹³.

Na ocasião, a Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Sustentabilidade (SEMAS) havia contratado a mesma consultoria utilizada em Mato Grosso, e esta desejava replicar o mesmo modelo no Pará. Todavia houve manifestação contrária por técnicos dessa secretaria, por se entender que a LAU não poderia ser considerada como licenciamento ambiental, por não incluir análise do impacto da atividade a ser desenvolvida, mas apenas se o imóvel atendia as exigências referentes às APP e ARL. Essa análise, também, foi confirmada em documento do MMA, que questionava a LAU, em razão de, em sendo licença, não se poder ater à simples autorização de desmate com foco na legalização da APP e da ARL (MMA, 2006).

Após ampla discussão, chegou-se à conclusão de que as atividades desenvolvidas em Mato Grosso, com a denominação de LAU, no Estado do Pará, passariam a denominar-se de CAR, e isso foi regulamentado por meio do Decreto nº 1.148, de 2008 que continua em vigor. O CAR está previsto como uma fase prévia ao Licenciamento Ambiental Rural (LAR), instrumento de licenciamento ambiental destinado à realização de atividades produtivas nos imóveis rurais situados no Estado do Pará.

¹³ A autora participou desta visita.

2.2 A Contribuição do Ministério Público Federal para Além da Obrigação de Inscrição no CAR do Pará

A contribuição do MPF se deu quando o órgão agiu de forma coordenada, por meio de ações que objetivavam punir os pecuaristas, apontados como responsáveis pelo desmatamento de 157 mil hectares no Pará, e os frigoríficos responsáveis pela aquisição de carne oriunda dessas áreas. E, ainda, por meio de recomendações a 69 clientes desses frigoríficos, alertando-os para não adquirirem seus produtos (MPF, 2009).

Essas medidas levaram os donos dos frigoríficos a procurarem o MPF, com o objetivo de firmarem Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), os quais ficaram conhecidos como o “TAC da Carne”. Os frigoríficos assumiram o compromisso de comprar gado apenas de fazendas regularizadas do ponto de vista ambiental e sem problemas com trabalho escravo. Para poder vender a esses estabelecimentos, foram exigidos dos produtores: a inclusão de seus imóveis rurais no CAR; que tivessem planos de regularização de áreas degradadas aprovados; que fizessem o licenciamento ambiental de suas atividades e respeitassem a legislação trabalhista.

O impacto da ação do MPF foi tão forte que a pressão dos pecuaristas cresceu sobre o governo do Estado. Este, junto com os municípios, viram-se obrigados a assumirem o compromisso de acelerar a adoção de políticas públicas para redução do desmatamento e modernizar a cadeia produtiva da agropecuária. O TAC impôs ao governo, entre outras medidas, a de estruturar um cadastro informatizado das propriedades rurais.

E os municípios foram chamados pelo MPF a assinar TAC, concordando em celebrar pactos locais contra o desmatamento ilegal, firmados pela prefeitura, associações de produtores e trabalhadores rurais, e entidades da sociedade civil. Também, foram obrigados a implantar uma estrutura mínima de gestão ambiental, com capacidade para monitorar e fiscalizar o desmatamento no âmbito de seus territórios.

No ano de 2011, o Governo do Estado instituiu o Programa Municípios Verdes - PMV por meio do Decreto nº 54, de 30 de março. Nele, institucionalizaram-se os compromissos assumidos com o MPF, por meio do TAC, e se disponibilizaram, inclusive, recursos para execução das atividades. E, tal qual exigido no TAC da Carne, o programa incluiu os municípios. Portanto, atendendo as exigências do MPF, o PMV se destina, conforme previsão em seu artigo 1º, a

dinamizar a economia local em bases sustentáveis por meio de estímulos para que os municípios paraenses melhorem a governança pública municipal, promovam segurança jurídica, atraiam novos investimentos, reduzam desmatamento e degradação, e promovam a recuperação ambiental e a conservação dos recursos naturais.

No *site* do PMV, há orientações aos municípios de como deverão proceder para se inscreverem no programa. E se destaca como primeiro passo a assinatura do Termo de Compromisso com o MPF e do Termo de Adesão, diretamente, com o PMV.

Ainda no ano de 2011, o PMV institucionalizou-se, passando a dispor de organização própria, coordenado por Secretário Extraordinário de Estado, segundo Decreto, publicado no Diário Oficial do Estado (DOE), em 23 de novembro de 2011, com o apoio de um Comitê Gestor composto por representantes da sociedade civil e do Governo do Estado.

E, atualmente, o PMV desenvolve projeto com o Fundo Amazônia, com o objetivo de apoiar a: “implementação em larga escala do cadastro ambiental rural (CAR) e fortalecer a gestão ambiental municipal, de modo a contribuir para o combate ao desmatamento ilegal e a degradação florestal no estado do Pará” (PMV, 2016). Ao se manusear o projeto, verifica-se que esse apoio é destinado aos imóveis rurais que medem até 4 módulos fiscais, onde os agricultores familiares então inseridos.

2.3 O CAR no Pará, após a Lei nº 12.651/12

Com a criação do Sistema Nacional de Cadastro Ambiental Rural (SICAR), por meio do Decreto nº 7.830, de 17 de outubro de 2012, que tem como objetivos, entre outros, receber, gerenciar e integrar os dados do CAR de todos os entes federativos, houve previsão aos entes federativos que já dispunham de sistema para cadastramento de imóveis rurais do dever de integrar sua base de dados ao SICAR.

No Estado do Pará, essa adesão se deu recentemente, por meio da Portaria nº 654, de 07 de abril de 2016. No momento, os dados estão em atualização, pois, quando estes foram inseridos no Sistema de Monitoramento e Licenciamento Ambiental (SIMLAM), ainda vigia o Código Florestal de 1965, alterado pela Medida Provisória (MP) nº 2.166-67/2001, e a Lei nº 12.651/12 trouxe novas exigências.

Constatou-se que ainda vigora o Decreto Estadual nº 1.148/2008,

responsável pela regulamentação do CAR no Pará, portanto anterior à Lei Federal nº 12.651/12, embora muitos dos seus artigos não vigorem mais, em razão de estarem incompatíveis com a norma geral.

2.4. Regularização Fundiária

Com base na análise das normas fundiárias e se levando em consideração que o público-alvo são os agricultores familiares, cuja área será de, no máximo, 4 módulos fiscais, e sendo o maior módulo do Pará de 75, suas áreas chegarão, no máximo, a 300 hectares. Nesse caso, haverá três possibilidades para regularização fundiária: destinação não onerosa, destinação onerosa e a criação de projetos de assentamentos.

Quanto à destinação não onerosa, são para áreas de até 100 hectares, doadas pelo Estado, com titulação definitiva inegociável por 10 anos, e é preciso que o agricultor atenda os seguintes requisitos, previstos no artigo 28, incisos de I a V, do Decreto Estadual nº 2.135, de 2010: não dispor de outra área como proprietário ou posseiro; moradia permanente e cultura efetiva pelo prazo de um ano; sua principal atividade deve estar sustentada em exploração agropecuária, agroindustrial e/ou extrativista; não haver legítima contestação de terceiro; respeitar a legislação ambiental e não ter se beneficiado com alienação ou concessão de terras do Poder Público.

No que se refere à destinação onerosa, é para áreas acima de 100 e até 500 hectares, trata-se de venda direta pelo Estado, com titulação definitiva e cláusulas resolutivas. A Lei Estadual nº 7.289, de 2009, exige que esta só poderá ser realizada com legítimo ocupante, que deverá comprovar os seguintes requisitos, conforme artigo 7º, §2º, incisos de I a VII dessa lei: moradia permanente e cultura efetiva pelo prazo mínimo de 5 anos; não ser proprietário, ocupante ou possuidor de outra área rural, salvo aquele que adquiriu por meio de alienação onerosa; comprovar o uso produtivo e social da propriedade; não haver legítima contestação de terceiro; respeitar a legislação ambiental e não ter se beneficiado com concessão de terras do Poder Público; estar em dia com a taxa de ocupação.

Por fim, vale ressaltar a obrigação do Estado, imposta pela Constituição Estadual, em seu artigo 239, quando se tratar de terras públicas e devolutas discriminadas, na área rural, de destiná-las para assentamentos agrícolas e, preferencialmente, para trabalhadores rurais que utilizam a força de trabalho familiar. O Estado dispõe de regulamentação para a criação de assentamentos, inclusive, com possibilidade de serem incluídos na lista

de beneficiários da reforma agrária do INCRA, que disponibilizará acesso aos instrumentos da política agrícola¹⁴.

Nesse caso, a titulação se dará por meio de contrato de concessão de direito de uso, que poderá ser individual ou coletiva, portanto o beneficiário não receberá título definitivo.

Durante a pesquisa de campo, constatou-se um esforço conjunto entre órgãos federais e estaduais, da área ambiental e fundiária, em ações de mutirão, com o objetivo de regularizar áreas tanto do ponto de vista fundiário quanto ambiental.

2.5 Procedimentos para os Agricultores Familiares que cometeram Infrações e/ou Crimes Ambientais

No Estado do Pará, o PRA foi criado por meio do Decreto Estadual nº 1.379, de 03 de setembro de 2015. Nas previsões do documento, tem-se a regulamentação para adequação ambiental dos imóveis rurais com desmatamento ocorrido antes e depois de 22 de julho de 2012. O programa foi regulamentado pela Instrução Normativa nº 1, de fevereiro de 2016, da SEMAS, que estabeleceu os procedimentos e critérios para essas adequações. Foram trazidos os mesmos instrumentos da esfera federal para o PRA; são eles: o CAR, o Termo de Compromisso Ambiental (TCA), o PRAD e a CRA.

Esse decreto trouxe também procedimentos especiais para os agricultores familiares. Informa que haverá procedimento especial simplificado para recomposição das APP, embora não o descreva. Disponibiliza assistência para adesão ao PRA por meio do órgão público responsável pela assistência técnica rural do Estado ou outros entes com que o órgão ambiental venha a estabelecer parcerias. Autoriza, à semelhança da norma federal, o plantio de culturas temporárias e sazonais de vazante de ciclo curto, dispensando a recomposição das APP, bem como inclui, para regularização destas, o plantio de árvores frutíferas, ornamentais ou industriais, de espécies nativas ou exóticas, cultivadas em sistema intercalar, nas margens dos cursos d'água.

Ao final, houve previsão de monitoramento, com os objetivos de se acompanhar a implementação das obrigações assumidas, observar-se a evolução da regularização das áreas e se fiscalizarem e se verificarem

14 Esses instrumentos encontram-se previstos no artigo 4º, incisos de I a XIX, da Lei nº 8.171, de janeiro de 1991.

possíveis descumprimentos. O decreto não previu assistência técnica ao agricultor familiar, para elaboração e execução do PRAD, quando necessário, nem o acompanhamento das atividades, no sentido de se orientar o agricultor a como fazer, inclusive, a como obter lucros com a recuperação por meio da CRA, e de outros instrumentos.

3 REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL DOS AGRICULTORES FAMILIARES DO NORDESTE PARAENSE A PARTIR DA LEI Nº 12.651/12

Neste item são apresentados os resultados da regularização ambiental dos agricultores familiares do nordeste paraense a partir da Lei n.º 12 651 de 2012, com ênfase ao perfil dos agricultores familiares do Projeto Inovagri, sua regularização fundiária e sua regularização ambiental.

3.1. Perfil dos Agricultores Familiares do Projeto Inovagri

Foi possível obter o perfil de 24 dos agricultores parceiros do projeto. Desse total, apenas um não se enquadra legalmente como agricultor familiar, em razão de sua área exceder os 4 módulos fiscais. A faixa etária dos agricultores varia de 32 a 80 anos. E o grau de escolaridade para 19 desses agricultores não ultrapassa o ensino fundamental I. Referente ao tempo que moram, ou trabalham na área, o menor é de 13 anos, e o maior é de 51 anos.

Quanto as suas atividades agrárias, foram encontrados 11 agricultores familiares trabalhando somente com agricultura; 7, com agricultura e pecuária; 1, agricultura e apicultura; 1, agricultura, movelaria e aqüicultura; 1, agricultura e piscicultura; e 1, agricultura, pecuária, piscicultura e aqüicultura.

Portanto, em sua maioria, são agricultores familiares, com faixa etária média de, aproximadamente, 56 anos, com baixo grau de escolaridade, com 80% só tendo no máximo o ensino fundamental I. E são eles os responsáveis pelo gerenciamento de seus imóveis rurais, bem como pela regularização ambiental de suas áreas. Quase 50% trabalham somente com agricultura, e, aproximadamente, 30%, com agricultura e pecuária. Quanto aos demais, além da agricultura, diversificam com apicultura, aqüicultura e até movelaria.

3.2. Regularização Fundiária dos Agricultores Familiares do Projeto Inovagri

A identificação da dominialidade das áreas dos agricultores pesquisados só foi possível após consulta formal ao INCRA e ao Instituto de Terra do Pará (ITERPA). Nesse caso, como, aproximadamente, 80% dos agricultores só têm no máximo o ensino fundamental I, isso dificulta o acesso à regularização fundiária. Sem contar que esse público está a quilômetros de distância dos órgãos fundiários, tanto das sedes de seus municípios quanto da capital, para onde, muitas vezes, terá necessidade de se deslocar.

Dos 10 agricultores localizados em Garrafão do Norte, todos estão em áreas federais. Desse total, somente 2 estão com a situação fundiária regularizada, ambos localizados em Projetos de Assentamento (PA). Foram identificados 2 agricultores que estão em Relação de Beneficiários (RB) da reforma agrária, dentro de PA, mas com as áreas bloqueadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU), com causa não informada. Há um agricultor que, embora conste em RB, sua área encontra-se fora do Projeto de Assentamento e, também, encontra-se bloqueada pelo STU, com causa não informada. Ainda, identificou-se um agricultor não cadastrado pelo INCRA que está em gleba federal.

Os Projetos de Assentamentos, conforme explanado, encontram-se todos com o CAR perímetro, mas necessitam do CAR individual. Porém o INCRA só poderá realizar o CAR individual dos 2 que estão regulares. Quanto aos demais, não terão como iniciar a regularização ambiental sem sanar as pendências¹⁵.

Em Capitão Poço¹⁶, dos 9 agricultores, todos encontram-se distribuídos em três glebas, discriminadas e arrecadas. Na gleba 1, estão quatro agricultores e as duas áreas pertencentes às duas associações; na gleba 2, localizam-se dois, e, na gleba 3, um.

Referente a Garrafão do Norte e Capitão Poço, por constituírem áreas de dominialidade federal, observou-se que, na atualidade, o governo federal mantém duas possibilidades para regularização delas: uma através do INCRA, ao criar projetos de assentamento que vêm, ou deveriam vir acompanhados de instrumentos da política agrícola; e a outra, via MDA,

¹⁵ Entrevista realizada em 06 de julho de 2016, com Ronaldo Coelho, técnico do setor de meio ambiente do INCRA – SR (01).

¹⁶ Entrevista realizada em 06 de julho de 2016, com Ronaldo Coelho, técnico do setor de meio ambiente do INCRA – SR (01).

por meio do Programa Terra Legal, pelo qual o governo federal apenas titula os agricultores.

Para isso, cada uma dessas situações deverá ser devidamente analisada pelo INCRA e/ou MDA, e só estes poderão indicar qual a alternativa viável a sua regularização. Nesse caso, a resolução do problema implicará a necessidade de o agricultor se deslocar a Belém, o que poderá ser considerado inviável para alguns, por vários fatores, desde a falta de recursos até a habilidade para se movimentar na capital em questão. Ou, ainda, necessidade de vistoria dessas áreas pelo INCRA, que, também, não dispõe de orçamento nem de pessoal suficiente para retificações pontuais, como é o caso de parte da situação dos assentados.

Portanto, esses agricultores precisarão dirigir-se ao INCRA, a fim de identificar como está sua situação fundiária, tanto aqueles localizados em projetos de assentamento, em razão das dificuldades apontadas, quanto aos que estão em glebas federais, que poderão dispor de documentos de acesso a terra com cláusulas resolutivas vencidas.

Em Bragança, dos 6 agricultores¹⁷, verificou-se que 2 estão em área de Colônia, e 4, em terra devoluta estadual. As que se referem à Colônia são áreas arrecadas e discriminadas pelo Estado, portanto inseridas em seu patrimônio, enquanto as devolutas ainda não foram arrecadas e discriminadas. Em ambos os casos, os agricultores precisarão dirigir-se ao ITERPA, a fim de saber como está sua situação fundiária: os 2 agricultores que estão em terra devoluta, pelo fato de ocuparem terras que, ainda, não adentraram no patrimônio do Estado, e os 4 agricultores que estão na área da Colônia, por se tratar de área que, embora tenha sido destinada à colonização, pode suscitar dúvidas, como, por exemplo, se houve destinação definitiva ou provisória, nos dois casos, se havia cláusulas a serem cumpridas, se estas foram ou não cumpridas¹⁸.

Há previsão, no Estado do Pará, para regularização fundiária de forma onerosa e não onerosa. No caso dos agricultores localizados em Bragança, apenas um excede os 100 hectares. Dessa forma, ele precisará realizar a regularização onerosa, e os demais, a não onerosa. Ademais, se existirem vários agricultores cuja localização incida em área de dominialidade do estado, com perfil para criação de Projeto de Assentamento, o Estado poderá criá-lo e, depois, solicitar ao INCRA o acesso aos instrumentos disponibilizados aos assentados da reforma agrária, de responsabi-

¹⁷ Ofício nº 0402/2016-GP, de 15 de julho de 2016.

¹⁸ Entrevista realizada em 15 de julho de 2016, com o procurador autárquico do ITERPA, Lucas Oliveira de Almeida Sobrinho.

lidade do INCRA¹⁹.

Na ausência da regularização fundiária, os agricultores permanecerão irregulares, também, ambientalmente e estarão impossibilitados de acessar os instrumentos econômicos previstos na Lei nº 12.651/12 e nas leis estaduais, bem como não poderão acessar os demais instrumentos da política agrícola.

3.3 Regularização Ambiental dos Agricultores do Projeto Inovagri

Este item traz informações sobre a regularização ambiental dos agricultores do projeto Inovagri, para isso apresentam-se dados referentes a dois aspectos: ao cumprimento das normas ambientais e a práxis quanto ao uso da terra e instrumentos da política agrícola.

3.3.1 Cumprimento das Normas Ambientais

Ao serem questionados se conheciam as normas ambientais, embora, aproximadamente, 60% julgassem conhecê-las, quando se cruzam as informações referentes ao conhecimento sobre essas normas, verificou-se que 100% dos agricultores familiares as desconhecem. E mesmo os que já escutaram falar não conseguem explicá-las. Todos confundem as ARL com as APP. Contudo todos sabem que as margens de igarapés e rios devem ser preservadas.

Por fim, ao se levantarem informações quanto a sua regularidade ambiental, na época, aproximadamente, 30% informaram dispor do CAR, considerado um dos primeiros passos para regularização ambiental. E, levando-se em consideração que, no Estado do Pará, essa exigência já existe desde 2008, não se trata, portanto, de exigência recente.

Ademais, nenhum dispunha de licenciamento ambiental ou da sua dispensa. A licença ambiental é um dos instrumentos da política nacional de meio ambiente, exigido para atividades econômicas consideradas potencialmente poluidoras e/ou degradadoras do meio ambiente. Há, inclusive, no caso do Estado do Pará, previsão para a Licença Ambiental Rural (LAR), específica para atividades agrossilvipastoris. O Pará também prevê a possibilidade de dispensa de Licença Ambiental para algumas atividades. Por exemplo, no caso das atividades agrossilvipastoris, consideradas

¹⁹ Entrevista realizada em 15 de julho de 2016, com o procurador autárquico do ITERPA, Lucas Oliveira de Almeida Sobrinho.

gênero, há espécies compreendidas na Resolução do Conselho Estadual de Meio Ambiente (COEMA) nº 107, de 12 de março de 2013, que poderão ser dispensadas quando desenvolvidas por agricultores familiares.

Observa-se que houve o início da regularização ambiental em 30% das propriedades pesquisadas. Aqui merece destaque a ação do MPF da qual resultou a assinatura do TAC que proporcionou a criação do PMV, atualmente responsável pela elaboração dos CAR para imóveis de até 4 módulos fiscais. A partir daí os agricultores devem procurar por meio de suas associações conhecerem o PMV, seus direitos e demandar de forma organizada os benefícios, muitas vezes colhidos individualmente.

O CAR é o embrião da regularização ambiental, cujo ponto forte é permitir ao agricultor familiar o georreferenciamento da sua área, com a proposta de localização da ARL e identificação das possíveis APPs. Porém, há necessidade de prosseguir com o processo de regularização ambiental, o que implicará necessariamente a regularização fundiária das suas áreas e posteriormente o licenciamento ou dispensa do mesmo. Por isso, enfatiza-se a necessidade de organização social dos agricultores, bem como de sua capacitação, a fim de buscarem junto ao Poder Público os seus direitos.

Na entrevista realizada com Carlos Eduardo do SFB, foi possível constatar a importância do CAR, mesmo sendo declaratório, porquanto permitirá ao Poder Público visualizar a realidade da estrutura fundiária do país, identificando conflitos e verificando formas de solucioná-los. Mais uma vez, verifica-se a necessidade imperiosa de organização desses agricultores por meio de suas associações, a fim de acompanhar e fazer valer seus direitos.

3.3.2 Práxis Quanto ao Uso da Terra e Instrumentos da Política Agrícola

Com o objetivo de se levantarem a práxis quanto ao uso da terra e, ao mesmo tempo, a implementação de instrumentos da política agrícola, ambiental e florestal, foram realizados os seguintes questionamentos: sobre a escolha da área, o tempo destinado ao plantio e o item sobre incentivo do Poder Público e sua relação com os órgãos públicos.

Referente à escolha da área, ficou claro que a opção se dá em razão do tempo de posio: segundo os agricultores entrevistados, quanto mais antigas, mais férteis, salvo algumas exceções, como aqueles que informaram escolher áreas em que a mandioca não apodreça, não tenha pedra, seja plana. Alguns observaram que, com uso de trator, podem escolher

capoeiras mais finas, porém, sem o uso do trator, precisarão usar as mais grossas.

Quanto ao tempo que os agricultores familiares permanecem na área, desenvolvendo a atividade, informaram variar de acordo com a atividade e necessidade. Nesse caso, como regra geral, o prazo é de um ano a um ano e meio, em se tratando de agricultura de plantio temporário, como a mandioca. O prazo é bastante variado quando se envolvem outras atividades, como culturas perenes e criação de boi, não especificados com detalhes. Entretanto deixaram transparecer que, ante a falta de instrumentos da política agrícola, tais como maquinários e equipamentos agrícolas, assistência técnica e extensão rural, o solo se esgota rapidamente, e são forçados a seguirem para novas áreas, o que implica o corte e queima controlada de novas capoeiras.

Quando questionados sobre o acesso a incentivos por parte do Poder Público, 10 dos agricultores afirmam ter acessado algum tipo incentivo. Nesse caso, deve-se destacar Garrafão do Norte, que recebeu 7 desses incentivos, possivelmente, por se tratarem de assentados da reforma agrária, para os quais são previstos, após o acesso a terra, uma gama de instrumentos da política agrária. Quanto aos demais, os que estão em Capitão Poço, embora estejam em glebas federais, ainda não foram reconhecidos pelo governo como clientes da reforma agrária ou do Programa Terra Legal. E aqueles agricultores localizados em Bragança, que estão em áreas de Colônia ou devolutas do Estado do Pará, também, não dispõem, até o momento, de ações nessa direção.

E, ainda, sobre os agricultores parceiros manterem relação com órgãos do Poder Público, verificou-se que, aproximadamente, 83% mantiveram algum tipo de relação. Novamente, o destaque para Garrafão do Norte, responsável por 50% dessa relação. Dentre os órgãos mais citados, está a Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado do Pará (EMATER).

4 A LEI Nº 12.651 DE 2012 SEUS AVANÇOS E A NECESSIDADE DE AÇÕES COMPLEMENTARES

Constatou-se que a Lei n. 12.651 de 2012 trouxe alguns benefícios aos agricultores familiares, tais como o apoio para elaboração do CAR, a gratuidade desse registro, o redimensionamento das APPs, a simplificação de procedimentos tanto para o CAR, quanto para o manejo.

Porém, considera-se como a principal novidade as parcerias buscadas pelo poder público, objetivando viabilizar a regularização ambiental desses agricultores. E mais: ainda que, para a inscrição no CAR, não seja necessária a regularização fundiária, pelo fato de ela ser declaratória, observou-se nos três estados um esforço no sentido de incluí-la. Ademais, o Poder Público terá a sua disposição a estrutura fundiária do Brasil rural georeferenciada e poderá planejar ações de políticas públicas, ainda que se tratem de dados inicialmente declaratórios.

Não restam dúvidas que o MPF foi, no caso do Estado do Pará imprescindível para o cumprimento das normas ambientais, especialmente no caso dos CAR. Com destaque tanto no TAC dos assentamentos quanto no TAC da Carne: naquele, exigindo-se por parte do INCRA ações que objetivassem a regularização ambiental dos assentados, e, neste, exigindo-se dos elos da cadeia produtiva sua regularização, cuja pressão findou em exigir do governo estadual do Pará a implementação da política ambiental e florestal no Estado. Explícita-se uma demonstração efetiva de interferência do MPF na implementação dos instrumentos das referidas políticas.

Há, contudo, pontos questionáveis nesta lei, sendo um dos principais o fato de ter igualado os benefícios do agricultor familiar a todos que possuem áreas que medem até 4 módulos fiscais, dando tratamento igual a desiguais. Conforme asseveram Lehfed et al (2013, p. 270):

Entre as funções sociais da propriedade a agricultura familiar ganha especial relevo, pois trata-se de atividade que deve ser protegida, fomentada e compatibilizada com a proteção ambiental, na medida em que possibilita a subsistência de um grande número de famílias e, ao mesmo tempo, pode se tornar um excelente instrumento para implementação de boas práticas voltadas à preservação do meio ambiente.

Outro ponto questionável está na retirada do manto da ilegalidade dos imóveis rurais que medem até 4 módulos fiscais e tiveram suas ARL desmatadas antes de 22 de julho de 2008. Há os que consideram prejudicial até para aplicação aos agricultores familiares, como é o caso de Carvalho (2013), apontando inclusive a existência de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria Geral da República. E, existem os que são favoráveis, como Braga (2013) ao discordar segundo ele, da esmagadora maioria, ao considerar a medida razoável pelo fato de ajustar a proteção ambiental com a realidade socioeconômica.

Considera-se, importante questionar se referida medida, ainda

válida, uma vez que o STF ainda não julgou a ADI, será suficiente para inibir a prática do corte e da queima controlada por parte desses atores. Os dados apresentados, apontam que não será suficiente, caso o Poder Público, não implemente de forma concomitante os instrumentos das políticas ambiental, florestal e agrária.

No caso, dos agricultores pesquisados, não obstante tenha se identificado que, em média, 41% dos tenham acessado algum tipo de incentivo e cerca de 83% tenham mantido relação com algum órgão público, quando se cruzaram essas informações com a práxis sobre o uso da terra, foi possível observar que há muito a ser melhorado referente às políticas destinadas aos agricultores familiares. Isso se deve ao fato de esses incentivos virem desassociados de outras políticas públicas, principalmente, a de Assistência Técnica e Extensão Rural (ATER).

Alencar et al (2016, p. 86), também, chegaram a essa conclusão, ao afirmarem que a falta de acesso à ATER faz com que o agricultor acabe por produzir sem orientação e perca muitas vezes a oportunidade de se dedicar a atividades mais rentáveis e produtivas. Embora se referiram a Projetos de Assentamento, seus dados podem ser estendidos aos demais agricultores familiares. Ademais, a política de ATER é praticada de forma convencional, voltada, muitas vezes, para sistemas produtivos agropecuários extensivos e de baixa produtividade (ALENCAR et al, 2016, p. 82-83). Veja-se que 30% dos agricultores do projeto Inovagri já desenvolvem, além da agricultura, a pecuária extensiva.

Portanto o fato de alguns desses agricultores terem acessado alguma forma de incentivo, ou mesmo mantido alguma relação com esses órgãos, não garante que estão sendo trabalhados no sentido de contribuir para um padrão de atividades mais sustentáveis.

Nesse caso, pouco importa se a Lei nº 12.651/12 perdoou os agricultores que desmataram antes de 22 de julho de 2008 suas ARLs, pois é pouco provável que eles deixem de usar o restante de vegetação existente, sem que haja o acesso aos instrumentos da política agrária, ambiental e florestal.

O resultados apontam alguns ações necessárias para mudança desse quadro: o resgate e/ou fortalecimento da organização social dos agricultores; uma demanda específica por parte desses agricultores as prefeituras para solicitar informações sobre as parcerias com o PMV, objetivando a inscrição no CAR dos demais agricultores (70%); uma ação conjunta para regularização de suas áreas no INCRA e no ITERPA; capacitação

em políticas: ambiental, floresta e agrária, para em seguida demandar de forma específica acesso aos instrumentos das referidas políticas; e acompanhamento do cumprimento dos TACs, via MPF.

CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados, é possível afirmar que, embora a principal norma ambiental, Lei nº 12.651/12, tenha incluído aspectos que objetivaram simplificar as exigências aos agricultores familiares, estas, ainda, mantêm-se distantes da realidade do agricultor familiar da Amazônia Legal, principalmente, em razão do baixo grau de escolaridade, da falta de regularização fundiária de suas áreas, do escasso acesso aos instrumentos da política agrícola, florestal e ambiental.

Assim, a hipótese de pesquisa se confirmou: os agricultores desconhecem as normas ambientais. Uma boa parte mantém-se, também, irregular em relação às áreas que, paradoxalmente, ocupam há anos, morando com suas famílias e desenvolvendo atividades agrárias. Ainda assim, sem que disponham dos documentos que lhes garantem a posse da terra, conseqüentemente, terão negado o acesso à regularização ambiental e aos instrumentos da política agrícola, florestal e ambiental.

A insuficiência dos instrumentos da política agrícola, como a de assistência técnica e extensão rural, ou, ainda, o pouco acesso a crédito rural desassociado da assistência técnica e extensão rural, dificulta a aplicação adequada por parte do agricultor, bem como falta de equipamentos e maquinários, tudo isso contribui para ele manter a cultura do corte e da queima controlada de capoeiras grossas, única forma para dispor de solo fértil.

Verifica-se que a simplificação de procedimentos que visam à regularização ambiental de agricultores familiares, com tratamento diferenciado por meio da Lei nº 12.651/12, devem vir associadas de ações por parte do Poder Público no sentido de lhes conceder as condições necessárias, para que possam explorar sua área, associando técnicas sustentáveis, o que implica ações de políticas públicas que promovam o acesso à educação no campo, a regularização fundiária de suas áreas e a implementação dos instrumentos previstos nas políticas: agrária, ambiental e florestal.

O primeiro passo foi dado e está sendo concretizado por meio do Projeto do Fundo Amazônia, com apoio do MPF ao se realizar o CAR desses agricultores, mas os agricultores precisarão despertar para a necessida-

de de fortalecimento das suas organizações sociais, a fim de buscar junto ao Poder Público pelos meios legais o atendimento as suas demandas.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, A., PEREIRA, C., CASTRO, I., CARDOSO, A., SOUZA, L., COSTA, R., BENTES, A. J. STELLA, O., AZEVEDO, A., GOMES, J., NOVAES, R. *Desmatamento nos Assentamentos da Amazônia: histórico, tendências e oportunidades*. Distrito Federal: IPAM, 2016.

ALMEIDA, E. ; SABOGAL, C.; BRIENZA JÚNIOR, S. *Recuperação de áreas alteradas na Amazônia Brasileira: Experiências locais, lições aprendidas e implicações para políticas públicas*. CIFOR, Bogor, Indonésia, 2006.

BRAGA, Rodrigues Bernardes. Seção III – Das áreas consolidadas. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (coord.). *Novo código florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, à Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012 e o Decreto 7.830, de 17 de outubro de 2012*. 2 ed. rev. , atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 484-492.

BRASIL. *Constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. *Decreto n. 6.514/08*. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. *Decreto n. 7.830/12*. Dispõe sobre o Sistema de Cadastro Ambiental Rural, o Cadastro Ambiental Rural, estabelece normas de caráter geral aos Programas de Regularização Ambiental, de que trata a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7830.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. *Decreto n. 8.235/14* Estabelece normas gerais complementares aos Programas de Regularização Ambiental dos Estados e do Distrito Fe-

deral, de que trata o Decreto nº7.830, de 17 de outubro de 2012, institui o Programa Mais Ambiente Brasil, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8235.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. *Lei n.6.938/81*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. *Lei n.8.171/91*. Dispõe sobre a política agrícola. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8171.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.629/93*. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. *Lei n. 9.605/98*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 11. 326/11*. Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11326.htm>. Acesso em: 20 nov., 2016.

BRASIL. *Lei n.º 12.561/012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em: 20 nov., 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.295/16*. Altera a Lei nº12.096, de 24 de novembro de 2009, a Lei nº12.844, de 19 de julho de 2013, a Lei nº12.651, de 25 de maio de 2012, e a Lei nº10.177, de 12 de janeiro de 2001. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113295.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARVALHO, Edson Ferreira de. *Curso de direito florestal brasileiro: sistematizado e esquematizado*. Curitiba: Juruá, 2013.

CONTO, A. J. de; GALVÃO, E. U. P.; HOMMA, A. K. O.; CARVALHO, R. A.; FERREIRA, C. A. P.; OLIVEIRA, R. F.; MENEXES, A. E. A. de. *Mudanças tecnológicas em pequenas propriedades que utilizam sistemas de regeneração da capoeira: microrregião bragantina – PA*. Embrapa – Florestas, 1996. p. 49-60.

COSTA, F. de A. A diversidade estrutural e desenvolvimento sustentável: novas de política de planejamento agrícola para Amazônia. In: XIMENES, T. *Perspectivas do desenvolvimento sustentável: uma contribuição para Amazônia 21*. Belém: UFPA/NAEA; Associação de Universidades Amazônicas, 1997.

FIORILLO, CELSO ANTÔNIO PACHECO; RODRIGUES, MARCELO ABELHA. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

HOWLETT, Michael. *Designing Public Policies: Principles and Instruments*. New York: Routledge, 2011.

LEHFELD, Lucas de Souza; CARVALHO, Nathan Castelo Branco de; BALBIM, Leonardo Isper Nassif. *Código Florestal comentado e anotado (artigo por artigo)*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

MARQUES, Jane Aparecida; MALCHER, Maria Ataíde. *Regularização territorial: a regularização fundiária como instrumento de ordenar o espaço e democratizar o acesso à terra*. Belém: ITERPA, 2009. 74 P.; OL.

MATTOS, Luciano. Caminhos para a transição agroecológica e a manutenção de reserva legal na Agricultura Familiar na Amazônia. In: AZEVEDO, Andrea A.; CAMPANILI, Maura; PEREIRA, Cassio. *Caminhos para uma agricultura familiar sob bases ecológicas: produzindo com baixa emissão de carbono*. Brasília: IPAM, 2016. p. 99-113.

MICCOLIS, A. et al. Políticas Públicas para o Desenvolvimento Agroflorestal no Brasil. In: PORRO, Roberto; MICCOLIS, Andrew. *Políticas públicas e Sistemas Agroflorestais: lições aprendidas a partir de cinco estudos de caso no Brasil*. Belém: 2011. p. 1-24.

MMA, 2016. *Sistema de licenciamento ambiental em propriedades rurais no estado de Mato Grosso: análise de sua implementação*. Instituto Socioambiental - ISA, Instituto Centro de Vida _ ICV. _ Brasília: MMA, 2006. 177 p.: il. color; 28 cm.

MPF, 2009. *MPF, governo e setor pecuarista assinam acordo no Pará*. Disponível em: <<http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2009/noticias/mpf-governo-e-setor-pecuarista-assinam-acordo-no-para>>. Acesso: 11 jul. 2016.

PETERS, Edson Luiz; PANASSOLO, Alessandro. *Cadastro Ambiental rural - CAR & Programa de Regularização Ambiental – PRA*. Curitiba: Juruá, 2014.

PARÁ (Estado). *Decreto n. 54/11*. Institui o Programa de Municípios Verdes – PMV no âmbito do Estado do Pará e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.semas.pa.gov.br/2011/03/30/9715/>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

PARÁ (Estado). *Decreto n. 1.148/08*. Dispõe sobre o Cadastro Ambiental Rural – CAR-PA, área de Reserva Legal e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.semas.pa.gov.br/2008/07/17/9687/>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

PARÁ (Estado). *Decreto n. 1.379/15*. Cria o Programa de Regularização Ambiental dos Imóveis Rurais do Estado do Pará – PRA/PA e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.semas.pa.gov.br/2015/09/08/decreto-no-1-379-de-3-de-setembro-de-2015/>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

PARÁ (Estado). *Decreto n. 2.135/10*. Regulamenta a Lei nº 7.289, de 24 de julho de 2009 e o Decreto-Lei Estadual nº 57, de 22 de agosto de 1969 para tratar da regularização fundiária nas terras públicas pertencentes ao Estado do Pará e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.iterpa.pa.gov.br/content/listagem-de-legisla%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

PARÁ (Estado). *Decreto n. 7.289/09*. Dispõe sobre a alienação, legitimação de ocupação e concessão de direito real de uso e Permissão de Passagem das terras públicas pertencentes ao Estado do Pará. Disponível em: <<http://www.iterpa.pa.gov.br/content/listagem-de-legisla%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

PMV, 2016. Programa Municípios Verdes. Disponível em: <http://municipiosverdes.com.br/pages/fundo_amazonia>. Acesso em: 11 jul. 2016.

REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel agrário; agrariedade, ruralidade e rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2011.

STELLA, Osvaldo et al. Assentamentos sustentáveis na Amazônia (PAS) viabilizando agricultura familiar de baixo carbono. In: AZEVEDO, Andrea A.; CAMPANILI, Maura; PEREIRA, Cassio. *Caminhos para uma agricultura familiar sob bases ecológicas*: produzindo com baixa emissão de carbono. Brasília: IPAM, 2016. p. 183-197.

Artigo recebido em: 07/08/2016.

Artigo aceito em: 23/11/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

LOPES, Syglea Rejane Magalhães. A árdua tarefa da regularização ambiental dos agricultores familiares na Amazônia Legal. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 209-241, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/852>>. Acesso em: dia mês. ano.

COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS E PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE: O JUIZ HÉRCULES CONFUSO DIANTE DE UMA NATUREZA AMEAÇADA

Igor Suzano Machado

Doutor em Sociologia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ)
Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).
Email: igorsuzano@gmail.com

RESUMO

Partindo da teoria jurídica de Ronald Dworkin, pensador responsável por uma das mais contundentes e bem-acabadas críticas ao positivismo jurídico e sua pretensa independência entre Direito e Moral, o artigo lembra o quão dependente do liberalismo político é a proposta de reunião entre o Direito e Moral de Dworkin, para questionar se haveria espaço, na teoria dworkiniana, para o endosso de uma proposta ética que transcende as matrizes liberais tradicionais, de cunho individualista. Como exemplo dessa doutrina ética que vai além do liberalismo, é trazido à tona o “princípio responsabilidade” de Hans Jonas. Segundo Jonas, na atual conjuntura de progresso tecnológico, a humanidade deve assimilar uma nova ética, capaz de transcender a relação entre pessoas próximas e garantir o próprio futuro do planeta e da humanidade, ameaçados por novas tecnologias. Assim, por meio de pesquisa bibliográfica, o artigo pretende debater a possibilidade, ou não, da assimilação de um princípio responsabilidade dentro do “direito como integridade” de Dworkin, e, conseqüentemente, dentro da atividade de seu famoso juiz Hércules, conhecidamente pouco preocupado com questões de preservação ambiental, que, a seu ver, seriam questões políticas e não de princípio.

Palavras-chave: Direito como Integridade; Comunidade de princípios; Princípio Responsabilidade; Ronald Dworkin; Hans Jonas.

*COMMUNITY OF PRINCIPLES AND IMPERATIVE OF
RESPONSABILITY: JUDGE HERCULES CONFUSED BEFORE A
THREATENED NATURE*

ABSTRACT

This study begins from Ronald Dworkin's legal theory, a theory responsible for one of the strongest criticism of legal positivism and its claim for independence between Law and Morals. Then, the article highlights how the linkage between Law and Moral proposed by Dworkin is deeply dependent of political liberalism, questioning whether there would be room in dworkinian theory for the endorsement of an ethical approach that transcends the individualistic matrices of liberalism. As an example of ethical doctrine that goes beyond liberalism, it is brought to the fore the "imperative of responsibility" of Hans Jonas. According to Jonas, under the present technological progress, humanity must assimilate a new ethic that is able to transcend the relationship between close people and ensure the very future of the planet and human being, threatened by new technologies. The final objective is to proceed to a bibliographical research in which we discuss the possibility, or not, of the assimilation of Jonas theory within the "Law as Integrity" as developed by Dworkin, and, hence, its inclusion in the activity of his famous judge Hercules, notably little concerned with issues of environmental protection, which are, under his view, matters of politics and not matters of principle.

Keywords: *Law as Integrity; Community of Principle; Imperative of Responsibility; Ronald Dworkin; Hans Jonas.*

INTRODUÇÃO

O “tempo” de curto prazo da economia, na busca do lucro imediato, e o “tempo” de médio prazo da política, na busca da reeleição ou eleição de um sucessor, têm se mostrado insuficientes para resguardarem a humanidade de efeitos sentidos a longo prazo, como os efeitos da degradação ambiental. Poder-se-ia considerar que o Direito, com sua preocupação com um, nos dizeres de François Ost, “tempo social”, capaz de ligar passado, presente e futuro, poderia se apresentar como uma possível dimensão da vida comum capaz oferecer proteção mais robusta ao meio ambiente, justamente por seus operadores estarem menos sujeitos a imperativos de curto prazo, como lucro e sucesso eleitoral. Não à toa, o ramo do direito ambiental tem tido relativo destaque, nesse sentido. Tendo isso em vista, o texto que se segue retoma, por meio de pesquisa bibliográfica, a influente teorização do “direito como integridade” de Ronald Dworkin, para refletir, em termos teóricos, sobre a possibilidade de sua tomada como base para uma prática judicial preocupada com a preservação ambiental. Conforme será visto adiante, tal perspectiva não se mostra plausível dentro da obra de matriz liberal individualista de Dworkin. Contudo, seria possível, com base em reflexões outras, como a insistência de Hans Jonas na importância de um “Princípio responsabilidade”, enriquecer a ideia de direito como integridade, permitindo se pensar o fórum de princípios idealizado por Dworkin como também um fórum de defesa do meio-ambiente? O artigo que se segue faz uso de tais reflexões teóricas para lançar luz sobre a questão e orientar a prática, não só de juízes e operadores do direito que ajam sob a inspiração do famoso “juiz Hércules” criado por Dworkin, mas também da sociedade civil organizada, tendo em vista o destaque que as instituições jurídicas têm ganhado junto a movimentos sociais e suas lutas por direitos.

1 RONALD DWORKIN, O JUIZ HÉRCULES E OS PRINCÍPIOS ENDOSSADOS PELA COMUNIDADE

O juiz Hércules é o epítome da construção do Direito como Integridade de Ronald Dworkin. Trata-se de um juiz idealizado, capaz de pôr em movimento, na atividade jurisdicional, a ambiciosa arquitetura teórica desenvolvida ao longo da carreira do jurista norte-americano, guiada pela crítica ao positivismo jurídico, com o objetivo de suplantar o

modelo de regras tradicional da teoria jurídica por um modelo que agrega princípios na conformação de uma decisão judicial correta. Antes de chegar a Hércules, propriamente, cabe pôr em destaque, portanto, ao menos em linhas gerais, a noção de Direito como Integridade de Dworkin e como ela conduz ao surgimento do juiz de nomenclatura mitológica.

O Direito como Integridade se baseia no que Dworkin chama da *virtude política da Integridade*. Para a compreensão da importância dessa virtude, o autor a destaca entre outras virtudes políticas diretamente relacionadas ao Direito, isto é: *a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo*. Por equidade, Dworkin entende a virtude que exige que sejam encontrados procedimentos – “métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado” – que distribuam o poder político de maneira adequada, o que costuma redundar, atualmente, em procedimentos e práticas que atribuam a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam. Já por justiça, o autor entende a virtude que exige das instituições políticas consagradas, tenham sido elas fruto de processos equitativos, ou não, medidas que distribuam recursos materiais e protejam liberdades civis de modo a produzir um resultado moralmente justificável. Por fim, como devido processo legal adjetivo, Dworkin considera a virtude que exige respeito a procedimentos corretos para o julgamento de qualquer cidadão que se imagine ter infringido alguma norma jurídica, que incluem, dentre outros, formas adequadas de produção de provas, liberdade no convencimento do julgador e formas de revisão de decisões injustas (DWORKIN, 2003, p. 200-201).

Contudo, Dworkin destaca que essas distinções são um prólogo para o seu ponto mais importante: segundo ele, a política corrente costuma crescer a esses três ideais, um outro. Trata-se do ideal muitas vezes descrito pelo clichê de que os casos semelhantes devem ser tratados de forma parecida, que exige do governo uma só voz, agindo de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, estendendo a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usou para alguns (DWORKIN, 2003, p. 201).

Dworkin nomeia essa exigência específica de moralidade política, não exatamente esgotada nesse clichê, como a *virtude política da integridade* (DWORKIN, 2003, p. 202). E Dworkin não vai muito além de intuições mais imediatas de lisura para mostrar como a virtude política da integridade faz parte da melhor caracterização das instituições políticas no correto exercício de suas funções. Para isso traz à tona uma série de

exemplos de problemáticas “decisões conciliatórias”, que nem a virtude da equidade, nem a virtude da justiça, nem a virtude do devido processo legal adjetivo conseguiriam, necessariamente, evitar.

Por exemplo, faz parte da concepção corrente de tratamento imparcial dos membros de uma comunidade evitar decisões como permitir o aborto apenas para mulheres nascidas em anos pares. A simples distribuição equitativa do poder não poderia evitar tal decisão, assim como a aplicação do devido processo legal adjetivo, se tal norma já estivesse em vigor amparada pela equidade. Da mesma forma, estando a comunidade dividida quanto à questão do aborto, a justiça não poderia condenar uma norma que distribuisse, dessa maneira, o direito de aborto equitativamente de acordo com o ano de nascimento da mulher. Para aqueles contrários ao aborto, isso seria melhor que sua total liberação e, para aqueles a favor, melhor que sua total proibição (DWORKIN, 2003, p. 216). Isso não impede, contudo, que esse tipo de decisão salomônica seja encarada como uma forte afronta à correção política. Assim sendo, o que faz essa possibilidade ser rejeitada?

O que acontece, diz Dworkin, é que a ordem pública de uma comunidade não pode ser tratada como um tipo de mercadoria a ser distribuída de acordo com a justiça distributiva. As intuições sobre as decisões conciliatórias sugerem um outro ideal político ao lado da justiça, da equidade e do devido processo. Esse ideal é o da *integridade*. E nas decisões conciliatórias um Estado carecerá de integridade porque será incoerente com relação aos princípios que endossou em parte de seus atos e, conseqüentemente, deveria endossar nos demais. O que a integridade condena é a incoerência de princípio entre os atos do Estado (DWORKIN, 2003, p. 223). Como salienta Stephen Guest, “a analogia é com a ideia de integridade pessoal. A comunidade deve ser considerada como possuidora de uma personalidade sujeita ao mesmo tipo de crítica moral que se faz a uma pessoa que não agiu com integridade” (GUEST, 2010, p. 79).

Por conseguinte, o princípio da integridade aplicado ao Judiciário “instrui os juízes a identificar direitos e deveres jurídicos, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor, a comunidade personificada, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”. Dessa forma, dentro da concepção do Direito como Integridade, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”, que pode ser considerada assim, uma “comunidade de

princípios” (DWORKIN, 2003, p. 271-272).

Portanto, o Direito como Integridade, além de uma interpretação específica da prática jurídica, funciona também, ele mesmo, como um programa interpretativo. O Direito como integridade não é apenas um fruto da interpretação, mas é também uma fonte de inspiração da interpretação mesma; pede a seus juízes que continuem, em sua prática, a interpretar o material que ele mesmo afirma ter interpretado com sucesso e se apresenta como a continuidade e como a origem das interpretações mais detalhadas que recomenda (DWORKIN, 2003, p. 272).

Outra diretriz importante na caracterização do correto exercício da jurisdição no Direito como Integridade diz respeito à distinção que Dworkin faz entre *argumentos de princípios* e *argumentos de política*, fundamental para diferenciar o trabalho dos juízes dos políticos parlamentares ou chefes do Executivo. Para Dworkin, o trabalho dos juízes deve ser guiado primordialmente por argumentos de princípio, enquanto legisladores e chefes do Poder Executivo, por mais que condicionados também por princípios, estariam livres para trabalhar com argumentos de política ainda não explicitados em lei.

Segundo Dworkin, as políticas estabelecem objetivos a serem alcançados, alguma melhoria em aspectos econômicos, políticos ou sociais da comunidade. Já os princípios em sentido estrito, estão relacionados a um padrão que deve ser observado, não porque irá promover ou assegurar alguma situação econômica, política ou social desejável, mas porque se refere a uma exigência de justiça, equidade ou alguma dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36). Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual, enquanto os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. E os princípios são proposições que descrevem direitos, enquanto as políticas são proposições que descrevem objetivos (DWORKIN, 2002, p. 141).

Assim, a prática do Poder Judiciário deveria se basear em argumentos de princípio, reservando os argumentos de política para a prática parlamentar, deixando claros os níveis de liberdade de construção política – em sentido amplo – em cada uma das esferas. Nas palavras do próprio Dworkin:

[O]s juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões

políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*), por outro. Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. (...) Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis (...), são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas (DWORKIN, 2002, p. 129-132).

Dworkin sustenta que a prática judiciária é um exercício de interpretação de uma forma mais geral, que vai além do momento que os juristas interpretam documentos ou leis específicas, sendo o Direito, assim concebido, profundamente político e juristas e juízes não podendo, dessa maneira, evitar a política no sentido amplo da teoria política. Contudo, o Direito também não é, segundo ele, uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre do Direito e uma orientação para ele, mais pobre ainda (DWORKIN, 2005a, p. 217).

Dessa forma, mesmo em casos jurídicos complexos, os argumentos que os advogados propõem e os juízes aceitam seriam antes argumentos de princípio que de política, e é sob essa ideia que o processo judicial deveria, efetivamente, ser regido (DWORKIN, 2005a, p. 109). Não que argumentos de política não possam reforçar um argumento jurídico, mas apenas poderão fazê-lo se estiverem em consonância com argumentos outros de princípios e contarem com previsão legal.

É nesse ponto que residiria a diferença fundamental da atuação política nos tribunais e nos parlamentos. Aliás, não só a diferença, mas também a complementaridade entre essas atuações e a funcionalidade de sua separação apareceriam nesse mesmo ponto. Se é aceito, por exemplo, o controle judicial de constitucionalidade – e vários motivos existem para isso – ter-se-ia de aceitar que os tribunais tomam decisões políticas importantes. A questão passa a ser então, a de saber quais motivos são, em suas mãos, bons motivos. E, quanto a isso, a visão de Dworkin é clara: um tribunal deve tomar decisões de princípio e não de política; decisões sobre que direitos que as pessoas possuem sob a égide de determinado

sistema jurídico e não decisões sobre como se promove o bem-estar geral (DWORKIN, 2005a, p. 101).

Logo, para Dworkin, o Direito como Integridade “exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse a rede como um todo”. Contudo, “nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade”. Por isso, Dworkin utiliza, para ilustrar a sua caracterização do Direito, o *juiz Hércules*. Dotado de poderes efetivamente hercúleos e agraciado com todo tempo que requisitar para que possa tomar suas decisões, Hércules é capaz de analisar em totalidade o conjunto das leis e precedentes judiciais do ordenamento jurídico em que opera, extraindo dessa análise os princípios que lhe são subjacentes e, com base nesses dados, fazendo seus julgamentos em direção à melhor concretização possível dos princípios que dada comunidade escolheu como sua moralidade política básica (DWORKIN, 2005a, p. 294).

Hércules possuiria de antemão a estrutura completa da rede de decisões políticas e seus princípios subjacentes que caracterizam o sistema jurídico da comunidade em que opera. Tendo esse material em mãos, ele seria capaz de localizar, dentro dele, o exato local em que se pode encontrar o caso concreto que esteja sob seu julgamento, podendo, por conseguinte, explorar todas as suas possíveis justificações supostamente mantenedoras da integridade do corpo jurídico. Os juízes não hercúleos, pelo contrário, partem dos casos concretos a eles submetidos para, começando dessa área pontual do sistema jurídico, reconstruí-lo até o ponto em que ele ofereça a mais adequada e íntegra resposta a estes casos (DWORKIN, 2006, p. 54).

Nas palavras do próprio Dworkin (2002, p.549):

Disse que Hércules, que tem habilidades sobre-humanas e, por isso, trabalha rapidamente, poderia preparar de antemão toda uma teoria política, ricamente detalhada, com a qual poderia então enfrentar casos específicos difíceis. Não foi minha intenção sugerir que os juízes mais comuns de fato fazem a mesma coisa, embora desempenhem suas funções até onde o uso completo de suas habilidades e de seu tempo mais limitados lhe permitem. Foi minha intenção, no entanto, dizer que fazem parcelas bem pequenas do mesmo trabalho, como e quando a ocasião assim requer, de modo que não produzem uma teoria geral, mas, na melhor das hipóteses, pequenos trechos de uma teoria geral ou, como sem dúvida frequentemente ocorre,

trechos de teorias diferentes. Mesmo fazendo isso, baseiam-se não em um estudo filosófico formal, mas em ideias intuitivas do que um sistema mais geral justificaria, feitas mais articuladas pela experiência de defender suas intuições diante de casos reais e hipotéticos proporcionados pela prática.

O juiz mítico cumpre assim, a função de mostrar a estrutura oculta por trás das decisões judiciais tomadas sob os ditames do Direito como Integridade: a busca de cada juiz singular de reconstruir o sistema jurídico sob o qual opera como um todo íntegro, que justifica sua decisão como aquela que apresenta o direito sob sua melhor luz, levando em conta os princípios de moralidade política escolhidos pela comunidade como os vetores de sua concretização enquanto projeto político fraterno. E é fazendo uso de Hércules que Dworkin configura o Direito como Integridade como uma interpretação e efetivação do Direito que conduz seus operadores a respostas corretas mesmo para os casos jurídicos mais difíceis. Aliás, a própria distinção entre casos fáceis e difíceis deixa de fazer sentido nesse ponto já que os casos fáceis seriam apenas exemplos especiais de casos difíceis em que a interpretação é menos complexa. Hércules serviria a ilustrar a conduta do Judiciário em ambos os casos, reconhecendo apenas o que qualquer um reconheceria: que não é preciso fazer perguntas quando já se conhece as respostas (DWORKIN, 2003, p. 317).

Não obstante, Sandra Martinho Rodrigues faz referência à crítica de Ronnie Warrington e Costas Douzinas a Dworkin, destacando que “Hércules é, de fato, a personificação daquilo que Dworkin acredita, isto porque a sua forma de ‘decidir’ os casos espelha a particular concepção que Dworkin tem do liberalismo” (RODRIGUES, 2005, p. 120 e 147). Habermas, por sua vez, critica Dworkin alegando que o necessário pano de fundo para o correto desenvolvimento de sua teoria jurídica é, necessariamente, a sociedade estadunidense, exemplo de triunfo historicamente concatenado do liberalismo nos últimos 200 anos (HABERMAS, 1999, p. 214-215).

Tais críticas são pertinentes. Dworkin diz textualmente que “a ideia de direitos humanos é mais básica que a ideia de democracia (DWORKIN, 2004, p. 109). Por mais que complemente essa afirmação dizendo que a democracia permeia esses direitos e esses direitos qualificam a democracia, trata-se de concepção diferente da de Habermas, por exemplo, que postula serem cooriginárias e interdependentes as ideias de autonomia pública e privada. A autonomia privada, sob a ótica liberal de Dworkin, é politicamente primordial.

Da mesma forma, Dworkin é cético com relação a princípios que postulam direitos humanos que extrapolam direitos individuais. Ele diz, por exemplo, que não há como justificar, por meio da retórica dos direitos, uma decisão de tribunal que limite os usos da energia atômica. Trata-se de um balanço entre riscos e vantagens que só deve ser decidido de maneira majoritária, pertencendo não à dimensão moral em que o Direito pode intervir, mas à dimensão da política em sentido estrito, de onde deve se manter afastado (DWORKIN, 2004, p. 41-42). Ele ressalta, inclusive, os perigos de uma compreensão muito ampliada de direitos humanos, para além de direitos individuais, que pode fazer com que a própria ideia de direitos humanos se dilua (DWORKIN, 2004, p. 44-45). E é conhecida a decisão que a negligência para com questões ecológicas levou Hércules a tomar no caso *Snail Darter*.

Tal caso versa sobre a construção, pelo governo federal dos Estados Unidos, de uma represa que poria em risco uma espécie de peixe específica, o *snail darter*, um peixinho de cerca de 7,5 centímetros, cuja relevância ecológica, segundo Dworkin, seria nula. Sob os ditames da Lei das Espécies Ameaçadas, a Suprema Corte estadunidense decidiu por embargar a construção, já em fase conclusiva, para não destruir o habitat do *snail darter* e extinguir sua espécie (DWORKIN, 2003, p. 25-29). Em face da insignificância da espécie em questão e amparado por princípios como o do não desperdício de dinheiro público, além de argumentos como os benefícios que a represa traria aos moradores das áreas próximas, Dworkin (Hércules) questiona a decisão da Suprema Corte, localizando a resposta correta à questão jurídica levantada no sentido de autorizar que a construção da barragem fosse finalizada.

Não deixa de parecer estranho, todavia, voltar os olhos, hoje – em face dos atuais desdobramentos do movimento ecológico e da importância que suas demandas adquiriram nos debates políticos contemporâneos – para o julgamento do caso *snail darter* pelo juiz Hércules e, conseqüentemente, para a crítica empreendida por Dworkin à decisão tomada pela Suprema Corte no caso “real”. Será que os princípios constituintes da sociedade estadunidense apontariam, de fato, para uma decisão jurídica que desprezasse a lei de proteção às espécies? Como explicar, dessa forma, a importância que o movimento ecológico adquiriu nos últimos anos, mesmo nos Estados Unidos, se a defesa de espécies contra a extinção não possui, nos princípios que lhe dão sustentação moral, um respaldo suficientemente forte a ponto de garantir esse objetivo contra projetos voltados ao desenvolvimento

econômico de determinado local?

Logo, entre os princípios que fundamentam o Direito como Integridade em Dworkin, não existiria nada como um “princípio responsabilidade”, tal qual proposto por Hans Jonas (2006). Segundo Jonas, a partir do momento em que ação humana é capaz de interferir na natureza a ponto de não permitir a continuidade da vida humana sobre a terra – exemplo clássico é o desenvolvimento das bombas atômicas – deve-se assimilar um novo imperativo de conduta que obriga os seres humanos a se responsabilizarem pela preservação da vida no planeta. Trata-se de um princípio moral, que se coloca no nível universal, propondo uma conduta específica não só na relação entre pessoas próximas, mas também na relação entre pessoas distantes no tempo e no espaço. No entanto, tal princípio moral universal não seria um princípio liberal individualista. Sendo assim, poderia ele fazer parte de uma argumentação de princípios, dentro da distinção que Dworkin estabelece entre argumentos de princípio e argumentos de política? Ou seu caráter que transcende o foco no indivíduo faria dele um argumento de política, incapaz de contrapor o Judiciário, por exemplo, a prescrições do poder Legislativo? Esmiuçar a obra de Jonas pode auxiliar na resposta a essas perguntas, sendo esse o tema do tópico seguinte.

2 HANS JONAS E O PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE

Uma obra que visa dar conta de transformações sociais das mais profundas e, sobre elas, erigir um novo princípio ético capaz de guiar o comportamento humano de forma a preservar a própria humanidade: eis o objetivo do livro “*O princípio responsabilidade*”, de Hans Jonas. E o princípio ético capaz de dar conta dessas pretensões, deveria ser formulado, segundo Jonas, mais ou menos assim:

Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra”; ou, expresso negativamente: “Aja de modo a que os efeitos de tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade de uma tal vida”; ou simplesmente: “Não ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a Terra”; ou, em uso novamente positivo: “Inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer (JONAS, 2006, p. 47).

Tal princípio vai de encontro à ética tradicional ao extrapolar (e muito) o espaço da cidade, o tempo presente e as relações entre pessoas próximas. Segundo Jonas, essa ética tradicional não mais daria conta da situação contemporânea, pois não acompanharia uma mudança social fundamental, que fez a humanidade experimentar um comportamento humano capaz de feitos outrora inimagináveis. Essa mudança se daria devido aos mais recentes progressos da técnica, que ganhara o poder de interferir na natureza, assim como na própria vida humana, em amplitudes jamais experimentadas anteriormente.

Até então, argumenta Jonas, a ética havia tido, como pressuposto tácito seu, uma condição humana fixada em seus traços fundamentais pela natureza do homem e das coisas, com base na qual se poderia determinar o que seria bom para esse humano, cujo alcance de seu agir e, conseqüentemente, de sua responsabilidade, seriam rigorosamente delimitados. Contudo, segundo o autor, esse agir humano teria se transformado com o advento da técnica moderna, em contraponto à técnica dos tempos anteriores, de forma que, se a ética tem a ver com o agir, esse novo agir humano exigiria para si uma nova ética, em cuja formulação residem os objetivos de sua obra (JONAS, 2006, p. 29).

O outrora, o homem podia confiar na perenidade da natureza, do todo no qual sua ação interferia de forma superficial, sem alterar seu equilíbrio próprio. Desde sempre o homem fez uso da técnica e interveio na natureza. Mas essas intervenções, até então, eram localizadas e superficiais e o homem ainda era pequeno perante os elementos sobre os quais intervinha, de forma sempre efêmera e precária e sem prejudicar sua essência. Somente no interior da cidade – interferência maior da técnica humana no ambiente natural – fazia sentido uma ética capaz de regular seu agir: era nos limites precisos da cidade e das relações entre os próprios homens (apesar de não em relação à essência do que seria esse homem) que a ação humana era capaz de intervir de forma mais dramática, exigindo sua regulamentação. Pode-se dizer assim, que a ética tradicional é antropocêntrica e voltada à proximidade geográfica e temporal (ao “aqui” e ao “agora” do agir), sem preocupações com o mundo extra-humano e com o “longo trajeto das conseqüências” deixado a cargo do acaso ou da providência (JONAS, 2006, p. 31-36).

Acontece que, com a técnica moderna, esse quadro sofre uma modificação fundamental. A técnica moderna, alega Hans Jonas, introduz no mundo “ações de uma tal ordem de grandeza, com tais novos objetos e

consequências que a moldura ética antiga não mais consegue enquadrá-las” (JONAS, 2006, p. 39). Não que as antigas prescrições para o comportamento para com o próximo tenham perdido sua validade na esfera mais íntima das relações interpessoais. Mas elas não dão mais conta da responsabilidade que pesa sobre o agir coletivo agora capaz de atingir uma natureza e uma totalidade vulneráveis, trazendo à esfera da responsabilidade humana nada menos do que toda a biosfera. Afinal, com isso, desaparecem as delimitações de proximidade e simultaneidade, rompidas pelo crescimento espacial e prolongamento temporal das sequências de causa e efeito, trazendo à ética uma nova dimensão: a do caráter cumulativo dos efeitos dessas ações, que fará com que o agir posterior se desenrole numa situação inteiramente diferente da do agir inicial (JONAS, 2006, p. 39-40).

“Nenhuma ética anterior vira-se obrigada a considerar a condição global da vida humana e o futuro distante, inclusive a existência da espécie”, destaca Hans Jonas. E a consequência disso é, nas palavras do autor, que o fato de que isso hoje esteja em jogo exige “uma nova concepção de direitos e deveres, para a qual nenhuma ética e metafísica antiga pode sequer oferecer os princípios, quanto mais uma doutrina acabada” (JONAS, 2006, p. 41). A presença do homem no mundo, continua Jonas, “era um dado primário e indiscutível de onde partia toda a ideia de dever referente à conduta humana”. O que acontece com o advento da técnica moderna é que essa própria presença do homem no mundo torna-se um objeto de dever, do “dever de proteger a premissa básica de todo dever, ou seja, precisamente a presença de meros candidatos a um universo moral no mundo físico futuro”, o que significa proteger a vulnerabilidade do homem e da natureza diante de uma ameaça das condições de sua existência (JONAS, 2006, p. 45).

Disso não decorre que as pessoas sejam responsáveis pelos homens futuros. Sua responsabilidade, assevera Jonas, é pela própria “ideia do homem, cujo modo de ser exige a presença da sua corporificação no mundo”. Deve haver uma tal presença e, por conseguinte, quem pode ameaçá-la deve tornar-se responsável por ela. E não se trata tal imperativo, fazendo-se uso da distinção kantiana, de um imperativo hipotético, relativo, por exemplo, à possibilidade ou não da existência de homens no futuro, mas sim de um imperativo categórico, incondicional, que impõe simplesmente *que* necessariamente haja homens no futuro. Ou seja, trata-se de uma ética que tem seu fundamento não em si própria, num dever, mas sim no próprio *Ser*, na ideia ontológica da necessária existência substantiva

desse *Ser* enquanto humano (JONAS, 2006, p. 94).

Nesse momento, Hans Jonas questiona um dos mais arraigados pressupostos da ética: a de que o dever não pode derivar do *Ser*. Mas esse pressuposto, argumenta ele, está vinculado a uma concepção específica de *Ser* que não é a aceita em sua obra. Trata-se de uma concepção de *Ser* destituída de valor, que não coaduna com o que Jonas quer demonstrar: que o *Ser*, em detrimento do nada, isto é, do não-*Ser*, possui valor, pois é o que permite valores. Ao não-ser é impossível lhe atribuir algo, seja valor ou não-valor. Pela mera possibilidade de se atribuir valor ao *Ser*, distinção decisiva que não se submete a gradações, verifica-se no *Ser* a faculdade para o valor. E essa faculdade seria, ela mesma, um valor: o valor de todos os valores, na medida em que a mera abertura para a atribuição de valor já assegura sozinha a prioridade absoluta de escolha do “*Ser*” em detrimento do nada (JONAS, 2006, p. 95-102).

A técnica moderna faz necessária, portanto, uma ética que abarque, e faça valer para o homem, o dever incondicional do sim ao *Ser* e, conseqüentemente, o não ao não-*Ser*; o “sim” à vida, como fim em si mesma, dotada de valor, como um enfático “não” ao nada, que impossibilita por si só qualquer fim e valor (JONAS, 2006, p. 150-156). Trata-se tal ética, de uma ética da responsabilidade, tendo como base o princípio de que um maior poder, uma maior liberdade de agir, acarreta uma maior responsabilidade pelos atos daí derivados (JONAS, 2006, p. 217). Ao ampliar sua esfera de atuação sobre o mundo, o ser humano precisa adquirir, sobre o futuro desse mesmo mundo – do qual, é sempre bom lembrar, ele mesmo é parte integrante – uma responsabilidade tal qual a responsabilidade paradigmática dos pais pelos filhos e dos governantes pelos governados. Precisa fazer pesar sobre suas ações, no momento de sua execução, suas conseqüências futuras, questionando de que forma tais conseqüências podem impedir a perenidade do *Ser* e ir ao encontro do não-*Ser*, da mesma forma que pesam sobre as ações dos pais e dos governantes a necessidade delas conduzirem à continuidade, respectivamente, um filho ou uma nação (JONAS, 2006, p. 175-187).

Antes da concretização de qualquer futuro profissional seu, por exemplo, cabe ao pai garantir que o filho esteja vivo até esse futuro. Antes da consolidação de qualquer aumento de sua riqueza, cabe ao governante garantir que a nação perca de forma a poder usufruir dessa riqueza. Antes de qualquer ganho finito, deve vir o óbice à perda infinita, isto é, o óbice ao advento da impossibilidade de qualquer ganho. Esse é o vetor da ética

da responsabilidade. Um extremo cuidado com o que se arrisca perante o que se espera obter, tendo como parâmetro não o bem absoluto que se pode atingir, porém sem o qual ainda é possível viver, mas sim o mal absoluto que sequer permite a vida.

Mas Hans Jonas não quer contrapor ao princípio esperança o princípio medo, por mais importante que este seja na construção de sua ética. O princípio que busca sacralizar é o princípio responsabilidade que inclui tanto sua parcela de medo quanto de esperança, tanto sua parcela de zelo pelo objeto da responsabilidade, quanto sua motivação para um agir que efetive esse cuidado. O medo não deve ser confundido com a covardia. Conforme o autor, proteger a vida em seu sentido mais amplo contra os perigos do tempo e contra a própria ação dos homens não é um fim utópico, mas tampouco se trata de um fim tão humilde: trata-se de assumir a responsabilidade pelo futuro do homem (JONAS, 2006, p. 351-353).

De fato, não é pouco. Também não é, hoje em dia, uma posição conservadora, mesmo que, na obra de Hans Jonas, alguns excessos de sua futurologia catastrófica e conseqüente pavor por ela engendrado, possam levar à conclusão de que um imobilismo temeroso possa ser uma saída melhor que qualquer ousadia. É, na verdade, uma questão de primeira importância para as ciências sociais e naturais, para o agir particular e, principalmente para o agir coletivo, em especial na forma do agir político.

Quanto a isso, é interessante notar o trecho em que o próprio autor questiona as possibilidades do governo representativo em dar conta dessas novas exigências, já que seus procedimentos e princípios de funcionamento privilegiam que sejam ouvidos apenas os interesses atuais, sem chance de que sejam interpeladas as gerações futuras que, contudo, sofrerão as conseqüências das decisões tomadas nesse presente (JONAS, 2006, p. 64). É nesse sentido, inclusive, que alguns autores enxergam de forma positiva a recente “judicialização da política”, como forma de fazer do Poder Judiciário um fórum de princípios capaz de garantir esses princípios contra eventuais decisões embasadas pela força do momento, ou reclamando ao direito uma reconstrução do tempo público, que, na conjunção presente do aprendizado do passado em direção às promessas do futuro, visa lançar um “tempo social” como contraponto necessário à entropia autodestrutiva do tempo físico – tal como sugerido por François Ost em “*O tempo do direito*” (OST, 2005, p. 410).

Nesse ponto, pode-se sugerir uma possível interface de

encontro entre Jonas e Dworkin, pois, quando Jonas destaca a limitação de uma democracia representativa em lidar com a efetivação do princípio esperança, sua argumentação é relativamente coincidente com a defesa que Dworkin faz da jurisdição constitucional, que seria a chance de defender os princípios mais profundos da comunidade política contra prescrições de uma legislatura transitória e circunscrita a interesses do tempo presente. No entanto, essa aproximação não faz com que se possa considerar, automaticamente, a possibilidade de inclusão do princípio responsabilidade entre os princípios endossados por uma comunidade política que efetiva o Direito como Integridade de Dworkin, pois, como foi visto, esses princípios, para Dworkin, se restringem a princípios voltados à proteção liberal do indivíduo.

3 O PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE DE JONAS E A COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS DE DWORKIN

Ao tentar especificar as vinculações intelectuais de Dworkin, sob o pretexto, inclusive, de que a originalidade de seu pensamento não permitiria traçar muito bem uma genealogia intelectual de suas ideias, Guest diz que:

Na ideia de que as pessoas têm direito a tratamento com igual interesse e respeito, ele é kantiano. Este princípio muito abstrato no pensamento de Dworkin afirma a importância das pessoas como fins, não como meios. Afirma também, suponho, na ideia de igualdade, a insistência de Kant na característica universalizável das regras morais. Mas há pouco além disso que demonstre qualquer coisa específica em comum entre Kant e Dworkin (GUEST, 2010, p. 23).

Mesmo que haja “pouco além disso que demonstre qualquer coisa específica em comum entre Kant e Dworkin”, o que Guest destaca de comum entre os dois é significativo e central. Isso é ainda mais claro no mais recente livro de Dworkin, em que o autor se dedica a questões morais e éticas de níveis mais gerais e não apenas referentes à moralidade política ou à correção jurídica. A base de sua teoria moral e ética mais abrangente é nitidamente a noção kantiana de pessoa: um ente individual autônomo, dotado de dignidade própria, composta pelo autorrespeito e pela autenticidade (DWORKIN, 2011, p. 203-204).

Logo, a intuição kantiana de que os seres humanos são fins em si

mesmos possuindo, portanto, não um preço, mas dignidade, é o principal alicerce do pensamento liberal não utilitarista e do Direito como Integridade. Também na intuição de que, por isso mesmo, se *todo* ser humano tem dignidade, pautar as normas de conduta desses seres humanos por esse princípio terá como consequência normas de validade universal, repousa a tese central ao Direito como Integridade de que as questões jurídicas são, em última instância, questões morais. E por confiar na distinção entre um nível moral universal e um nível político fragmentário de preferências, o Direito como Integridade pode distinguir as atividades do Poder Judiciário das dos demais poderes políticos: enquanto estes últimos são responsáveis por consolidar pretensões políticas de coletividades em disputa acerca do que é bom, o primeiro deve defender uma concepção moral do bem, residente no universal dentro do qual essas coletividades compactuam disputar.

Essa concepção é próxima da de Habermas, profundamente influenciada pelo pensamento kantiano e que também faz distinção entre as duas esferas e que restringe qualquer ativismo judiciário plausível à proteção da dimensão moral, povoada, na teoria de Habermas, pelos procedimentos democráticos e direitos humanos. No entanto, trata-se de concepção diametralmente oposta, por exemplo, à concepção behaviorista do Direito derivada do pragmatismo de Richard Posner. Advogando a favor de uma concepção do direito penal que prima por sua eficiência, Posner destaca que “o direito penal é um instrumento de controle social e trata as pessoas como objetos, não como sujeitos kantianos” (POSNER, 2007, p. 236). Basicamente, pode-se dizer que, enquanto o Direito como Integridade aceita a distinção acima entre os campos da moral e da política, concepções céticas como a de Posner e outros pragmatistas – e mesmo as do positivismo jurídico – negam que essa dimensão moral universal exista. Tratam-na como forma de mascarar decisões políticas em sentido estrito ou mesmo decisões puramente pessoais.

O Direito enquanto interpretação compreende interpretações distintas como, tal qual o próprio Dworkin sugere, o positivismo, o pragmatismo e o Direito como Integridade. Ao negar a dimensão moral universal, o positivismo e o pragmatismo não cabem no Direito como integridade. Mas e outras interpretações que não negam essa dimensão, ao mesmo tempo em que não coincidem exatamente com o liberalismo kantiano professado por Dworkin? Caberiam no Direito como Integridade?

Conforme salientado anteriormente, sabe-se que entre os

princípios que fundamentam o Direito como Integridade em Dworkin não existe nada como o “princípio responsabilidade”, de Hans Jonas. Não obstante, pode-se conjecturar: uma comunidade de princípios que assimilasse entre seus princípios, o princípio responsabilidade de Jonas, e tivesse a atuação de seus juízes pautada também por esse princípio, para além dos direitos individuais tradicionais, teria um Direito necessariamente além, ou aquém, do Direito como Integridade? Se as instituições políticas e jurídicas se pautassem coerentemente por esses princípios, haveria integridade no Direito, nos moldes prescritos por Dworkin?

Nesse caso, o Direito não cumpriria o ideal de liberalismo de Dworkin. Mas não há como garantir que não seria cumprido o ideal do Direito com Integridade. Pelo contrário, há motivos para se acreditar que sim: o Direito como Integridade seria respeitado também nessas circunstâncias. Isso porque, para fazer uso de uma expressão derridiana, o “exterior constitutivo” do Direito como Integridade não é o “não liberalismo”. Se assim fosse, ele não precisaria negar o positivismo de inspiração liberal de Weber e Kelsen, por exemplo. Mas a integridade no Direito não aceita o positivismo em nenhuma variação. Logo, seu “exterior constitutivo”, para fazer uso de uma metáfora espacial, “está localizado em outro lugar”.

O liberalismo de Dworkin não tem a ver com a imposição de um padrão filosófico externo, conforme ficou claro na explanação do trabalho de seu juiz Hércules. Dworkin e, conseqüentemente, Hércules, trabalham com suas tradições, as tradições de sua comunidade. Nesse sentido, mesmo que o liberalismo de Dworkin transpareça por vezes uma dimensão transcendental, sua utilização na prática judiciária é de origem comunitária, e, ao descrever a comunidade de princípios, Dworkin deixa claro que os deveres e responsabilidades derivados de uma organização política desse tipo, dizem respeito apenas aos membros daquela comunidade (DWORKIN, 2003, p. 242-243).

Logo, existe vida para além da comunidade de princípios e ela não esgota as possibilidades de agrupamento político. E o que está fora dessa comunidade de princípios sim é o que está fora do Direito como Integridade; é de um compromisso fraterno entre membros de uma comunidade política que escolheram compartilhar princípios morais comuns que depende o Direito como Integridade, e não do liberalismo. Sua negação não é o não liberalismo, mas sim a comunidade sem princípios. Ou seja, para efetivar o Direito como Integridade não é necessário vislumbrar

o triunfo do liberalismo, mas sim aceitar que a dimensão moral, de princípios universais, é importante para a comunidade e precisa ser levada a sério. O convencionalismo e o pragmatismo não cabem no Direito como Integridade não porque lhes falte liberalismo – isso não é necessariamente verdade – mas sim porque lhes falta atenção à importância dos princípios morais compartilhados por uma comunidade fraterna.

O exemplo anterior de possível direito íntegro para além do liberalismo, talvez, inclusive, esteja mais próximo do Direito como Integridade do que, por exemplo, um Direito de uma comunidade regida por um ultraliberalismo excessivamente individualista, como o que embasa a afirmação de Margaret Thatcher de que não existe sociedade, mas apenas indivíduos e suas famílias.¹ Seria o mesmo caso de uma extrema fragmentação social, como propõem concepções pós-modernas. Nesse caso, há espaço para pluralismos jurídicos,² e não para um Direito como Integridade, que, como aloca o jurídico na dimensão da universalidade, almeja uma ordem de princípios que unifique a comunidade em torno de uma noção comum de bem, mesmo que permita o pluralismo a respeito de concepções de pessoas e grupos sobre o que é bom.³

Contudo, todos esses cenários são especulativos. Não existe um Direito como Integridade que não seja o proposto por Dworkin, assim como não existe um Dworkin que abra mão de suas premissas liberais. Sendo assim, é possível identificar que o principal para o Direito como Integridade não é o liberalismo, mas sim uma comunidade de princípios. Mas, tal como a teoria é conhecida, as duas coisas andam juntas: trata-se do Direito de uma comunidade de princípios liberais; trata-se de um conjunto de princípios que formam uma teia inconsútil e que, por isso, permitem que sempre exista uma resposta correta para os casos jurídicos, mesmo difíceis. Não se trata meramente de uma perspectiva interna ao agente, mas sim de

1 A famosa frase da ex-primeira ministra britânica foi lembrada por ocasião de seu falecimento como mote para artigos de crítica e elogio na mídia brasileira. Como exemplo, cito os artigos de Demétrio Magnoli no Globo (disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/essa-coisa-de-sociedade-nao-existe-8080595>>. Acesso em 18 nov. 2016) e de Vladimir Safatle na Folha de São Paulo (com reprodução disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/politica/vladimir-safatle.html>>. Acesso em: 18 nov. 2016). Dworkin, por seu turno, como se sabe, na esteira de Rawls, defende uma perspectiva política mais aberta à solidariedade social e redistribuição de recursos, como fica claro em sua obra *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade* (DWORKIN, 2005b).

2 A título de exemplo de concepção pós-moderna do direito, pode ser citada a obra de Boaventura de Sousa Santos. Segundo o mesmo, “uma das características da cultura pós-moderna é a atenção dada ao espaço e à particularização dos espaços (...) A nova teoria sociológica do direito para a qual se aponta é dominada pelos conceitos de pluralismo jurídico, interlegalidade e novo senso comum jurídico” (SANTOS, 1988, p. 139)

3 Trata-se da ideia de pluralismo razoável, tal qual defendida por Rawls (2003).

uma perspectiva interna a uma teoria política específica. Isto é, não é a tese fraca de uma única resposta correta derivada do fato de o autor que a professa assim a considerar. É a tese de uma única resposta permitir que se mantenha incólume essa teia inconsútil de princípios. E, novamente, tal como a teoria é conhecida, essa teia inconsútil é uma teia de princípios liberais.

Mesmo assim, nesse caso, pode-se insistir no uso de “Dworkin contra Dworkin”. Se Hans Jonas foi capaz de oferecer uma reflexão filosófica coerente para a instituição de um princípio moral universal capaz de justificar a preservação ambiental, esse tipo de construção intelectual pode ser usada para auxiliar outro tipo de construção intelectual bastante cara a Dworkin: a reconstrução de uma teoria política e noção de justiça coerentes, derivadas das decisões políticas pretéritas, como leis, Constituição e precedentes judiciais, de uma comunidade de princípios, cerne do Direito como Integridade. Assim, se essa comunidade de princípios endossa um princípio de preservação ambiental em uma dessas decisões políticas pretéritas das mais importantes – como sua Constituição – deve ser buscada a assimilação desse princípio numa concepção de justiça coerente e universalizável, mesmo que vá além do liberalismo e proteção apenas de direitos individuais. Dessa forma, não seria totalmente “anti-dworkiniano” considerar, em um caso como o brasileiro, a tentativa de absorver novas contribuições da filosofia política, como a de Hans Jonas, com o objetivo de efetivar uma concepção pós-liberal de justiça (LESSA, 2008, p. 369), que parece ter guiado, mesmo que não de forma filosófica e racionalmente articulada, o texto da constituição mais recente do país, a chamada “Constituição cidadã” que, para se impor como marco de negação da ditadura que vigera anteriormente, apostou não apenas na forma democrática, mas na supremacia de direitos, não só individuais, como também sociais, incluindo direitos difusos, de titularidade da comunidade como um todo, e não apenas de alguns de seus membros, de que o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado é um dos exemplos mais eloquentes.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou refletir acerca da possibilidade de assimilação de um “princípio responsabilidade” – tal qual proposto por Hans Jonas em sua obra intitulada justamente como *O princípio responsabilidade*

– dentro do arcabouço teórico dworkiniano e, por conseguinte, na atividade de seu famoso juiz Hércules. Para tanto, foram apresentadas, sumariamente, de um lado, a noção de direito como integridade, de Dworkin, e, de outro, a ideia de um princípio responsabilidade, posta em destaque por Jonas.

Como se sabe, Dworkin tornou-se célebre por propor, contra o positivismo jurídico formalista, uma noção de direito baseada não em um modelo de regras, mas em um conjunto de princípios que dariam fundamento à ordem jurídica como um todo. Para tanto, reuniu a teoria do direito e a filosofia política para mostrar o direito como uma empreitada coletiva geradora de frutos cuja legitimidade advinha de sua fundamentação numa totalidade moralmente íntegra, ao ser fiel aos seus princípios. Para ilustrar tal visão do direito *in actu*, Dworkin fez uso de um juiz de capacidades míticas, a que chamou de Hércules, que seria capaz de conhecer toda a teia de princípios que fundamentam um ordenamento jurídico para, com isso, sempre chegar à única resposta correta de um caso jurídico, que seria justamente a única decisão capaz de manter a integridade de princípios de tal ordenamento.

Já Hans Jonas teve destaque, em sua obra, ao prescrever a necessidade de guiar a ética humana com base num princípio de responsabilidade para com a natureza e as gerações futuras, tendo em vista o novo alcance das ações humanas que, com as novas tecnologias, como a bomba atômica e manipulação genética, passam a afetar pessoas distantes no espaço e no tempo, como nunca antes. Daí a necessidade de se assumir uma nova ética, que torna as pessoas responsáveis, por exemplo, pela preservação de um meio-ambiente saudável para os seres humanos do futuro. Tal princípio poderia fundamentar um ordenamento jurídico moralmente íntegro, tal como os princípios do direito como integridade de Dworkin?

Em princípio, o presente estudo leva à resposta de que não, tendo em vista manifestações do próprio Dworkin, indisposto a aceitar princípios que avancem para além da defesa de direitos individuais, fundamento do liberalismo político que Dworkin, na esteira de Rawls, endossa. Contudo, tendo em vista as críticas direcionadas à dependência do pensamento de Dworkin com relação à tradição política liberal norte-americana, o presente artigo não deixa de apostar numa leitura de “Dworkin contra Dworkin”, para ressaltar que a coerência das decisões judiciais com relação a seus princípios fundadores pode encontrar novos rumos dentro de outras tradições jurídicas diferentes, como poderia ser o caso brasileiro e de outras

realidades latino-americanas. Nesse caso, um princípio como o destacado por Jonas poderia fornecer um fundamento filosófico interessante para tais tradições, mais afetas do que o liberalismo dworkiniano a questões como a preservação ambiental. Dentro dessa chave de leitura, o Judiciário, como fórum de princípios, poderia intervir em decisões que colocassem o meio-ambiente em risco, responsabilizando-se por um cuidado de longo prazo que políticos eleitos poderiam não ter, tendo em vista o pensamento de curto prazo das eleições seguintes. Isso não seria possível numa leitura dworkiniana ortodoxa, na qual Hércules não reconheceria tal questão como uma questão de princípio, mas sim de política, inteiramente à disposição dos poderes políticos eleitos.

REFERÊNCIAS

BADINTER, Robert e BREYER, Stephen (orgs). *Judges in Contemporary Democracy*. New York/London: New York University Press, 2004. 317 p.

BLOCH, Ernst. *The principle of hope*. Cambridge: MIT Press, 1986 [1954-59]. 3v (1420p.) (Studies in Contemporary German Social Thought).

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002 [1977/1978]. 568p.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003 [1986]. 513 p.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005a [1985]. 593p.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005b [2000]. 690p.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. 308 p.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 2011. 506p.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 [1997]. 313p.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. 3 ed. Cambridge: MIT Press, 1999 [1992]. 631 p.

JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica*. Rio de Janeiro, Contraponto, 2006 [1979]. 353p.

LESSA, Renato. A constituição brasileira de 1988 como experimento de filosofia pública: um ensaio. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal. *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec, 2008, p. 363-395.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru, SP: EDUSC, 2005 [1999]. 410 p. POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1993]. 648p.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003 [2002]. 306p.

RODRIGUES, Sandra Marinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005. 158 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos a uma concepção pós-moderna do direito. *Revista crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, n. 24, p. 139-172, 1988.

Artigo recebido em: 21/08/2016.

Artigo aceito em: 25/11/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

MACHADO, Igor Suzano. Comunidade de princípios e princípio responsabilidade: o juiz Hércules confuso diante de uma natureza ameaçada. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 243-265, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/860>>. Acesso em: dia mês. ano.

DESEQUILÍBRIOS DE PODER ENTRE OS MEDIANDOS E A NECESSÁRIA TUTELA DO ESTADO: ANÁLISE DA MEDIAÇÃO AMBIENTAL À LUZ DO CPC/2015

Ana Meire Vasconcelos Barros

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.
Especializanda em Direito Tributário e Processo Cândido Mendes.
Email: advanabarro@gmail.com

Bleine Queiroz Caúla

Doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal.
Mestre em Administração de Empresas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).
Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).
Email: bleinequeiroz@yahoo.com.br

Valter Moura do Carmo

Pós-doutorando na Universidade de Marília (UNIMAR).
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
Mestre em Direito Pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).
Email: vmcarmo86@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho colima refletir sobre o possível desequilíbrio de forças entre mediandos nos conflitos do direito ambiental no Brasil e objetiva analisar a necessidade de tutela estatal no contexto da mediação ambiental, nos termos em que foi autorizada pelo novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 13.105/2015, em vigor desde março de 2016. O diploma deixa transparecer a eleição de princípios específicos, dentre eles o Princípio da Promoção Estatal da Solução Consensual dos Conflitos, e os postulados que enquadram a autocomposição. Elege a vontade dos jurisdicionados como um valor a ser defendido pelo ordenamento jurídico. Entretanto, não promove uma ruptura mais radical com o CPC vetusto. Na mediação ambiental os benefícios alcançáveis são equiparados à mediação generalista: ampliação do acesso à justiça, agilidade, empoderamento das partes, efetividade das soluções acordadas. No entanto, merece realçar que os complicadores e riscos são claramente maiores que em outras áreas do direito. Os conflitos ambientais têm abrangência, continuidade temporal, implicações materiais e riqueza de significados que dificultam sua delimitação. As hipóteses do estudo foram investigadas recorrendo à pesquisa

bibliográfica. Concluiu-se que a possibilidade de desigualdade entre os mediandos constitui risco à efetividade das soluções mediadas no contexto dos conflitos ambientais.

Palavras-chave: Mediação; Tutela do Estado; Mediação Ambiental; Código de Processo Civil.

DISPROPORTION OF FORCES BETWEEN THE PARTIES AND THE NECESSARY STATE PROTECTION: AN ANALYSIS OF ENVIRONMENTAL MEDIATION IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN PROCEDURAL CODE OF 2015

ABSTRACT

This paper analyses an eventual disproportion of forces between the parties subjected to mediations of environmental law conflicts in Brazil, in order to draw on the need for State protection in the context of environmental mediation, in the terms authorized by the new Brazilian Civil Procedure Code (CPC), enacted by Law No. 13.105/2015 and into force since March 2016. That Code enacts specific principles, including the Principle of the Governmental Promotion of Consensual Solution to Conflicts, and the postulates regarding self-composition, besides establishing the will of the parties as value to be defended by the law. Nevertheless, it does not promote a more radical break with the old Brazilian CPC. Regarding environmental mediation, the benefits achievable are equivalent to those often achieved by mediation in general: improvement of the access to justice, mobility, empowerment of the parties, and effectiveness of the agreed solutions. However, it is noteworthy emphasizing that the complicating factors and risks here are clearly larger than in other branches of law. Environmental conflicts have coverage, temporal continuity, material implications and richness of meanings that hinder their delimitation. The hypotheses of this study were investigated by the means of a bibliographical research. We concluded that in context of environmental conflicts, the possibility of inequality among the parties involved in mediations constitute a risk to the effectiveness of the solutions mediated.

Keywords: *Mediation; Governmental protection; Environmental mediation; Brazilian Civil Procedure Code.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo investiga a mediação ambiental no contexto da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil - CPC/2015), que elege a vontade dos jurisdicionados como um valor a ser defendido pelo ordenamento jurídico. A investigação colima refletir sobre o possível desequilíbrio de forças entre mediandos nas disputas que envolvem o direito ambiental e tem como objetivo analisar a necessidade de tutela estatal no contexto da mediação ambiental, nos termos em que foi autorizada pelo CPC/2015.

As hipóteses do estudo foram investigadas recorrendo à pesquisa bibliográfica, buscando aplicar a interdisciplinaridade que “tomou a forma de um paciente diálogo cooperativo e progressivo que se desenvolve entre ensaios e erros, tentativas e ajustes progressivos. Desta vez, trata-se da tradução de um idioma ao outro sem abrir mão das suas próprias regras de composição, nem do seu léxico” (OST, 2015, p. 108, tradução nossa).

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica focada na produção autoral mais atualizada acerca do Código de Processo Civil e da mediação ambiental. O texto final foi fundamentado na produção de autores como Didier (2015), Waldman (2011), Soares (2010) e Bush e Folger (1994).

1 PREMISSAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O legislador deixa claro, na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, em vigor desde março de 2016 (CPC/2015), a crença de que referido diploma apresenta, dentre suas potencialidades, a de gerar um processo de resolução de conflitos jurisdicionais mais ágil, simples e sintonizado com as reais demandas da sociedade. Neste diapasão, um dos argumentos direcionadores da atuação legiferante foi:

Resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizavam valores constitucionais. Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica (NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015, p. 307).

Alguns dos problemas identificados dizem respeito à intensa complexidade e falta de coesão entre as normas processuais vigentes até os primeiros meses de 2016, com destaque para a dificuldade de concretização dos princípios da Razoável Duração do Processo e da Plenitude da Defesa. As inúmeras possíveis frestas geradas por essa falta de coesão forçava, em última análise, os atores processuais a dedicarem, sob a égide do código processual revogado, o melhor de suas atenções ao aparato de arestas formais, relegando o papel de coadjuvante à análise do mérito – esta que deveria ser o objetivo primeiro do fomento da jurisdição.

Embora evidente a necessidade de evolução, conteve-se a Lei nº 13.105/2015 ao não promover uma ruptura mais radical com o CPC vetusto. Delas, nem todas aquisições positivas, já que parte do esforço legislativo se deveu mais à necessidade de desafogar¹ os fluxos de trabalho nas varas judiciais que ao interesse por aumentar a efetividade da tutela estatal. No que se refere a essas inovações, o tecnicismo da Lei nº 13.105/2015 deu cogência a várias regras para cuja satisfação o Judiciário ainda não adquiriu a instrumentalidade (estrutural, técnica, humana e organizacional) necessária. Não parece exagerado afirmar que o legislador, talvez pela falta de contato com o cotidiano judiciário, concretizou no papel um processo civil idealizado, sem levar em conta as verdadeiras possibilidades da Justiça brasileira.

Como exemplo da dissintonia entre objetivo e resultado do esforço legislativo em prol de um Judiciário que melhor atenda ao jurisdicionado, Fernando Távora, em suas aulas na Universidade de Fortaleza (2015), observa no Saneamento Cooperativo, previsto nos arts. 6º e 354, §3º, uma falha capital: diante da permissão legal para delegar às partes – ou com elas dividir – a tarefa de definir as obscuridades cognitivas e a melhor técnica para saná-las, é possível que algum julgador se sinta desobrigado de conhecer a fundo o processo que se desenvolve sob sua jurisdição, reduzindo o papel do Judiciário a mero administrador dos interesses particulares.

Outra hipótese de retrocesso, na visão de Távora, é o julgamento por demandas repetitivas, instituído no art. 978 do novo regulamento, que passará a lidar com as lides individuais – via decisão dos Tribunais Superiores – aos lotes, por suas características gerais e a partir da afetação de casos paradigmáticos, sem levar em conta as idiosincrasias pessoais e par-

¹ No ano de 2014 transitaram pelos 90 tribunais brasileiros mais de 99,7 milhões de processos. O cálculo (CNJ, 2015, a) resulta do somatório dos 70,8 milhões de processos pendentes e 28,9 milhões de casos novos registrados no ano-base. Se mantido o crescimento médio anual de 3,4%, no ano de 2015 o Judiciário terá ultrapassado profusos 103,1 milhões de demandas em trâmite.

particularidades objetivas ínsitas em cada demanda levada ao poder decisório do Estado. Entende Távora que o julgamento por demandas repetitivas – em que pese o fato de que fatalmente reduzirá a carga de trabalho dos órgãos julgadores – trará inevitável sofrimento ao Contraditório Substancial, à Plenitude da Defesa e ao Devido Processo Legal, estes que são alguns dos esteios da democracia - na visão da Constituição Cidadã.

Críticas à parte, fato é que o CPC/2015 se propõe a tornar mais eficiente a tarefa estatal de ministrar a justiça, criando e aperfeiçoando ferramentas que confirmam a essa tutela mais simplicidade, agilidade e efetividade. Por esse último objetivo, principalmente, a Exposição de Motivos antecipa maior participação do jurisdicionado na solução da contenda apresentada ao Estado, valorizando o ajuste pessoal – homologável judicialmente – como ferramenta hábil para a dicção do direito no caso concreto.

2 A AUTOCOMPOSIÇÃO NO CPC/2015

Ao tratar das normas fundamentais, o Capítulo I do CPC/2015 traz, em alguns artigos, reprodução talvez desnecessária do texto da Constituição Federal de 1988, já que a constitucionalidade do comando infra-legal processual só se sustentaria pela rígida e subentendida obediência à norma máxima do ordenamento. No decorrer do mesmo capítulo, no entanto, o diploma deixa transparecer a eleição dos princípios específicos do processo civil brasileiro e os postulados que enquadram a autocomposição como elemento desejável e exigível na afirmação do direito no caso concreto, fazendo constar a importância da cooperação de todos os sujeitos no processo como pressuposto da efetividade do direito de acesso à justiça.

O Princípio da Promoção Estatal da Solução Consensual dos Conflitos², originalmente previsto na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010b)³, prega ser prioridade estimular e tornar exequível a produção da solução consensual, tarefa a ser concretizada por todos os operadores do direito. O art. 2º privilegia⁴ o Princípio do Respeito ao Au-

2 Art. 3º [...]

§1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

3 A Resolução Nº 125 de 29/11/2010 dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

4 Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

toregramento da Vontade no Processo. Com isso, além da obrigatoriedade da audiência de autocomposição como ato inicial do processo, este agora sofre ingerência das decisões *inter partes*: os mediados podem, por acordo, modular a atuação oficial do juiz. Na lição de Didier, isso se justifica porque “o processo não pode ser ambiente hostil ao exercício da liberdade de autonomia privada, o poder de regular livremente a própria vida” (DIDIER, 2015a, online).

Essa regulação *inter partes* do processo permite que os mediados definam procedimentos *sui generis*, a par do fluxo procedimental padrão, desde que mantidos valores⁵ como a razoabilidade, legalidade, proporcionalidade e atendidos os fins sociais e exigências do bem comum. A partir dessa cláusula geral de negociação processual, as partes ganham autoridade para dispor sobre como deve fluir o processo. O Autoregramento traz outras consequências, como a possibilidade de incluir novos sujeitos e lides no processo em curso. É ainda possível o exercício de uma legitimidade extraordinária *ad causam* ativa negocial, ou seja, a atribuição assentida de legitimidade a um terceiro para que este defenda o direito das partes, de modo exclusivo ou concorrente, possibilidade defendida por parte da doutrina (DIDIER, 2015b), embora não se apresente literal no texto do código.

O art. 4º. celebra⁶ os Princípios da Efetividade do Processo e da Primazia da Decisão de Mérito. Este último dá prioridade máxima à solução da essência do processo: a demanda meritória. Já o art. 6º enfatiza⁷ o Princípio da Cooperação, ou Direito de Influência: os atores do processo – incluso o juiz – devem formar uma comunidade de trabalho na qual vigora – como consequência do Princípio da Boa Fé – lealdade, equilíbrio e deveres anexos de cooperação. Para tanto, imprescindível que não haja assimetrias entre o juiz e as partes. Este modelo se situa entre o publicista (no qual o juiz conduz o processo e toma a decisão capital, a despeito das partes) e o adversarial (em que a condução do processo cabe às partes, cabendo ao juiz apenas decidir a demanda). Já o art. 7º destaca⁸ a Igual-

5 Art. 8º-Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

6 Art. 4º-As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

7 Art. 6º-Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

8 Art. 7º-É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

dade no Processo, cuja paridade se manifesta – além da obrigatoriedade de imparcialidade do juiz, na isonomia quanto ao acesso aos autos e na paridade de informações – também na redução de empecilhos financeiros, geográficos e de comunicação.

Saindo das normas fundamentais (Capítulo I) para o tratamento dos auxiliares da justiça (Capítulo III), o art. 165 tangencia a regulação processual e atinge a organização judiciária, ao exigir a instituição do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NU-PEMEC) e, por conseguinte, dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSC)⁹. Ainda, o art. 165 reforça a missão de implantar e fortalecer uma nova cultura na qual a autocomposição tenha destaque, possibilitando que acordos de quaisquer conteúdos possam ser homologados judicialmente, obedecidos os axiomas que sustentam o ordenamento jurídico.

Entrementes, não se pode deixar de ressaltar algumas dissonâncias entre o CPC/2015 e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). Enquanto o código processual assente, em seu art. 168, que em Conciliação e Mediação Judicial “as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação”, a Lei da Mediação¹⁰ versa, em seu art. 25, que “na mediação judicial, os mediadores **não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes**, observado o disposto no art. 5º desta lei”.¹¹ (grifo nosso).

Os dois diplomas trazem em comum os princípios da Imparcialidade, Oralidade, Informalidade, Autonomia da vontade e Confidencialidade. A Lei da Mediação¹² apresenta ainda os princípios da Isonomia, Busca do consenso e Boa fé. Por seu turno, o CPC/2015 recepciona dois princípios contidos na Resolução 125 do CNJ: Decisão Informada e Independência. Finalmente, tanto o novo código processual, como a lei da Mediação são receptivos à necessidade e possibilidade da realização de audiências de mediação por meios eletrônicos.

Pelo exposto, pode-se entender, então, que o CPC/2015 faz da solução consensual e pacífica elemento indispensável à tutela jurisdicional, ao mesmo tempo em que elege os mecanismos de arbitragem, conciliação

9 Cada Tribunal criará vários CEJUSCs, na medida da necessidade.

10 Ver a Lei nº 13.140/2015.

11 Lei nº 13.140/2015, Art. 5º Parágrafo único. “A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas”. –

12 Comporta crítica à Lei da Mediação, que nada tratou sobre a conciliação. É forçoso dizer que o novo CPC foi mais vigilante nesse ponto.

e mediação como ferramentas fundamentais para o cumprimento dessa tarefa.

Não obstante, comete talvez equívoco ao impor a audiência prévia de conciliação ou mediação, obrigação que, se descumprida injustificadamente, constitui ato atentatório à dignidade da justiça, punível com multa¹³ em favor do Poder Público. Nesse ponto, o legislador acaba por trazer empecilho à construção da cultura de paz e pacificação de conflitos que deseja fomentar. Ao fazer da tentativa de acordo prévio uma regra coercitiva, esta pode ultimar encarada, não como possibilidade de exercício da liberdade na busca pelo consenso, mas como etapa autocrática, digna de finta caso não se queira abrir mão de parte dos direitos ainda mal iniciada a relação processual, antes mesmo de poder comprovar faticamente a legitimidade da pretensão.

3 O RISCO DA DESIGUALDADE ENTRE OS MEDIANDOS AMBIENTAIS

Como característica básica, a mediação é operada por um elemento neutro e autônomo, que facilita a compreensão da questão conflituosa e aproxima os interesses em oposição, embora impedido (em regra) de apresentar soluções heterônomas. O mediador, baseado axiologicamente nos princípios da Independência, Imparcialidade¹⁴, Confidencialidade, Oralidade, Informalidade, Decisão Informada, Autonomia da Vontade e Isonomia (implicitamente), trabalha em favor do restabelecimento da comunicação, via pela qual incentiva a identificação, pelos próprios medianos, de soluções dialogadas e consensuais que gerem benefícios bilaterais, evitando assim a necessidade de buscar a tutela estatal.

Mesmo quando produzida já no ambiente processual, a mediação

13 CPC/2015 art. § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; [...] § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. [...] § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

14 Segundo Martins e Carmo (2015, p. 18) “A imparcialidade e competência do mediador são princípios basilares não apenas na mediação, mas também em outras formas de solução de litígios, como acontece até mesmo no Poder Judiciário. Para se alcançar uma solução justa é necessário e mais seguro que o mediador ou julgador, a depender do caso, seja uma pessoa imparcial além de ser uma pessoa capacitada para o ato, no caso do juiz, este deverá ser um juiz natural, ou seja, aquele que exerce o cargo de acordo com as exigências legais e normas de competência previstas na Constituição Federal, e o mediador, deve ser um indivíduo com formação específica para solução de conflitos, pois somente assim trará confiança às partes e realizará um trabalho eficaz”.

tem potencial para reduzir a distensão da lide e os custos processuais inerentes, ao permitir aos mediandos que encontrem o melhor caminho processual para o saneamento da lide. Ampliar a potência do jurisdicionado no que se refere à resolução de suas próprias demandas reflete a intenção do legislador de devolver a ele parte de sua liberdade decisória.

Essa clara outorga de alguma porção de responsabilidade é, de fato, necessária – se a pretensão é de cumprir o ideal programático de uma sociedade democrática de direito, com fundamento na cidadania e na dignidade da pessoa humana. É interessante que cada pessoa, “posta em um processo de resgate da responsabilidade individual sobre a crise em sua interação” (MENDONÇA, 2014, p. 44), retome para si fração de sua adultícia cidadã, abandone posturas passivas e demande menos do Estado pai/provedor/juiz, na medida em que se pode autodeterminar – atendidas as regras de convivência do contrato social¹⁵ implicitamente acordado e os limites instaurados por lei.

No entanto, a integridade da mediação só se garante a partir de uma utilização plena e efetiva da ferramenta por parte dos mediandos. Essa tarefa pode se tornar complexa, caso restrições de qualquer natureza impeçam o livre exercício das vontades. Waldman (2011 p. 28-29) entende que, nesses casos, em vez de o mediando conquistar uma solução autodeterminada, arrisca-se a produzir uma “*solução autoderrotada*”.

Nesse contexto, Silva (2015, p. 8-9) afirma que um dos pressupostos da mediação eficaz é o da igualdade entre as partes, pois, “tendo em vista que no procedimento mediativo cabe às próprias partes encontrar a solução para determinado problema, o desequilíbrio de forças entre elas proporcionará uma solução igualmente iníqua”. Para ilustrar sua ideia, Silva (2015, p.8) apresenta exemplo¹⁶ de ajuste acintosamente ilegal nascido do direito legítimo de transigir e da fragilidade evidente da parte: “em tentativa de conciliação de um casal, a mulher, que sofria violência diária por parte do marido, depois de reconhecer que o seu agressor era cuidadoso com os filhos, sugeriu que aceitaria um acordo se as agressões pudessem ser reduzidas para apenas um dia na semana”.

Se por um lado a assunção à autonomia é louvável, deve, em alguns casos, principalmente no que se refere a questões sobre direitos in-

15 Rousseau (1712-1778) defende a existência de pacto firmado em agrupamentos humanos, pautado na alienação da vontade individual em prol da vontade do Estado, que teria a primazia de definir as regras e fazê-las cumprir, oferecendo em troca dessa submissão as benesses da vida em coletividade.

16 O autor cita em seu artigo relato proferido em 2012, na cidade de Salvador, pela professora Mônica Carvalho Vasconcelos.

disponíveis, ser analisada com cautela. Se exercer a liberdade ata o decisor às consequências de seus atos, responsabilizar-se pelas escolhas presume que existam os recursos internos e externos necessários para tal.

Nesse contexto, longe aqui se está de afirmar que pessoas com algum déficit restritivo de seu poder pessoal – eventual ou continuamente – são ineptas, e, sob esse argumento, devam ser absolutamente tuteladas e protegidas de suas escolhas. Fazê-lo seria cair na armadilha do desempoderamento (BUSH; FOLGER, 1994, p. 213-214). Apesar disso, é imperioso levar em conta que, no contexto de uma lide, as hipossuficiências educacionais, sociais, cognitivas, emocionais e financeiras dos envolvidos têm influência direta na solução da demanda. Se essa assimetria pode ter efeitos dramáticos no rumo do saneamento de uma lide restrita à alçada individual, mais sensível ainda se torna o peso da insuficiência quando as partes lidam com direitos difusos – como é o caso das questões ambientais.

Quão frequentemente se pode esperar que as partes se apresentem ao conflito em exata paridade de armas, de modo que “recursos, conhecimento, informações e dados precisos, mérito aos olhos da lei, convicção moral e segurança, traços de personalidade vantajosas, habilidade de infligir dor ou irritar, percepção” (WALDMAN, 2011, p. 87-88), dentre outros elementos importantes na mesa de mediação, estejam divididos de maneira relativamente equânime?

Para Waldman (2011 p. 29), o mediador é quem deve analisar a possibilidade de participação efetiva de uma parte diante da dinâmica mediativa. Vai ao encontro desse raciocínio o Manual de Mediação Judicial (CNJ, 2015b, p. 251), quando determina que o mediador interrompa o evento à primeira desconfiância de assimetria entre as partes, aconselhando-as a buscar a orientação de um advogado ou da defensoria pública. Seria, no entanto, essa ordem razoável? É possível que essa orientação tenha impacto positivo na prevenção de assimetrias, haja vista não ser incomum que conflitos ambientais envolvam pessoas jurídicas de direito privado com poder econômico favorecido. No entanto, a quem cabe o controle sobre a capacidade avaliativa do mediador?

Waldman (2011, p. 87-88) questiona a interrupção automática do evento mediatório quando identificado evidente desnível entre as partes, e ensaia soluções para esse impasse, de modo que o mediador continue atuando e exerça pressão interventiva para reduzir ou sanar a desigualdade instrumental dos atores.

Reforçando a defesa de uma postura mais participativa do media-

dor, Mendonça afirma que a mera igualdade formal do direito processual é ineficaz em proteger os litigantes e que uma postura absolutamente neutra do mediador pode “potencializar resultados pobres em algumas mediações com partes menos empoderadas” (2014, p. 57).

O autor afirma que lidar com os imprevistos e peculiaridades – momentos mais delicados do processo de mediação – torna-se responsabilidade exclusiva do mediador no caso concreto, “ermitão, que segue sua consciência no processo de interpretação” (MENDONÇA, 2014, p. 52).

Diante desse impasse, como deve agir o mediador ambiental¹⁷? Postar-se absolutamente neutro e quedar-se cego diante da desigualdade das partes e tratativas teratogênicas no fluxo da mediação? Ou, contrário – ciente de que, não raro, conflitos ambientais perdem alcance no que se refere a soluções equânimes, principalmente em razão da complexidade e irreversibilidade dos danos e da dificuldade de produzir uma reparação *in natura* equivalente – abandonar a neutralidade e agir para reduzir os desníveis identificados, atentando para a justiça dos pactos firmados?

Seguida a primeira opção, autores como Soares (2010) temem que acorrentar a mediação à mera reprodução da legalidade a descaracterize como ferramenta de contextualização do conflito e aproximação das necessidades singulares dos medianos, possivelmente a tornando “um perigoso mecanismo de imposição privada de interpretações da norma legal, sem as proteções do devido processo legal” (SOARES, 2010, p. 133).

Defensores da neutralidade, por outro lado, não estendem ao mediador a primazia de definir o que é justo. Para eles, o operador não tem legitimidade ou perícia para realizar tais juízos de valor, tarefa inderroavelmente excluída da alçada mediativa (WALDMAN, 2011, p. 5-6). Assumindo o papel de um aconselhador jurídico, restaria ferida a neutralidade que é premissa básica da mediação. Essa é a postura sugerida pelo Manual de Mediação Judicial (CNJ, 2015b) desaprova o abandono da trincheira da neutralidade no que se refere a eventos mediativos no território brasileiro.

Entretanto, ficam as perguntas: a obediência estrita ao ordenamento jurídico ou a atenção aos valores e sistemas de crenças dos medianos são mais importantes no que se refere a definir o que é justo no caso concreto? É tarefa/primazia da mediação definir o que é justo e interferir

17 Importante a observação de Martins e Barros (2013, p. 162) quanto à função dos comediadores já que “A figura do comediador, atuando como especialista na matéria ambiental, é também de extrema necessidade, em virtude, como já dito, da complexidade dos conflitos ambientais. Para tanto, além dos mediadores com habilidades em mediação de conflitos, estes devem ser assistidos pelos comediadores, profissionais especializados tanto na seara jurídica, que seria o advogado, como também pelos técnicos especializados nos conflitos, tais como geólogos, geógrafos, engenheiros, arquitetos, dentre outros”.

nos rumos da mediação, de forma que o resultado da dinâmica se aproxime desse ideal de justiça?

4 NECESSIDADE DA TUTELA ESTATAL NAS AUTOCOMPOSIÇÕES AMBIENTAIS

Se, no Brasil, a mediação já tem conquistado algum espaço, a partir da implantação de núcleos conciliativos nas esferas judiciais, ainda é ferramenta pouco utilizada no que toca às demandas ambientais, “provavelmente pela falta de foros próprios voltados para a mediação, conciliação, transação, negociação e arbitragem que tenham por objeto o patrimônio ambiental” (RIBAS, 2016, p. 123). Segundo a autora, na senda ambiental permanece a cultura de judicialização das demandas mediante ações civis públicas, sob a lógica da reparação e não da prevenção, está mais sintonizada com os meios alternativos de solução de disputas. O caso Samarco vem ratificar que nem mesmo o Estado tem obtido resultados venturosos no tratamento preventivo dos conflitos ambientais.

Por sua vez, Mendonça teoriza quanto aos motivos dessa subutilização da mediação como método de resolução de conflitos ambientais:

Em geral, os temores em utilizar a mediação ambiental se referem às possíveis manipulações que possam ocorrer durante o processo e aos interesses que estão em jogo que podem ser prejudicados caso um acordo não satisfaça os interesses das partes. Tal preocupação é legítima, entretanto abrir a possibilidade de deixar tais debates e decisões públicas na mão das pessoas interessadas têm representado muito mais virtudes do que oferecido riscos aos envolvidos no conflito (MENDONÇA, 2014, p.78).

Na área ambiental, os benefícios alcançáveis são os mesmos da mediação generalista – ampliação do acesso à justiça, agilidade, empoderamento das partes, efetividade das soluções acordadas¹⁸, de modo que:

A participação da sociedade, aliada ao diálogo transformador, permitem a construção

18 Flavia Rosebuj (2001, p. 162) elenca como vantagens da utilização da mediação nos conflitos ambientais “[...] reducción de los costes, plazos, pérdida de control y ansiedad inherentes al pleito; el hecho de que el procedimiento de mediación involucra a todas las partes interesadas que por una parte, pueden encontrar más difícil decir que no a soluciones que les son propuestas y por otra asumirán dichas soluciones como suyas; es un proceso participativo que no cuestiona las responsabilidades de la autoridad competente; mejoran las relaciones entre las partes lo que ayuda a la resolución de posible conflictos futuros; a través del trabajo conjunto las partes pueden llegar a adoptar decisiones mejores que las que habrían adoptado unilateralmente”.

de um consenso, que promoverá um novo olhar para o conflito, contribuindo para a prevenção do dano e o desenvolvimento sustentável, diferentemente do que ocorreria se o conflito fosse resolvido pelo Judiciário (BUSTAMANTE; SILVA, 2015, p. 20).

Para as questões ambientais, no entanto, os complicadores e riscos são claramente maiores que em outras áreas do direito, incluindo conflitos com abrangência, continuidade temporal, extraterritorialidade, indeterminabilidade de sujeitos atingidos pelo dano, implicações materiais e riqueza de significados que dificultam sua delimitação.

No entanto, os problemas específicos que orbitam ao redor da utilização da mediação ambiental, como método alternativo à tradicional litigância, giram em torno, por exemplo, (a) da delimitação de quais conflitos ambientais podem ser levados a este método, por conta da sua complexidade e por envolverem interesses mais amplos que os privados comumente encontrados nos casos ordinários de mediação. Podemos encontrar interesses compartilhados por uma coletividade específica ou que não sejam possíveis de delimitar agora ou no futuro, difusos; (b) da determinação, escolha e forma de participação dos interessados na demanda; (c) da escolha do mediador, sua função, deveres e responsabilidades, tendo em vista a característica do conflito (O'LEARY, 1995, p. 21).

Soares (2010, p. 117) assevera que os conflitos ambientais ultrapassam os dilemas técnicos. “Os objetos constituintes do ambiente vão além da matéria e da energia, eles são também culturais e históricos e, por isso, temas importantes (como a escassez dos recursos naturais) devem ser vistos juntamente com a escolha de ‘o que’ e ‘como’ utilizar”.

A multiplicidade de atores direta e indiretamente envolvidos é um dos principais complicadores da atuação mediatória no que se refere aos conflitos ambientais. Embora a disputa acerca da Hidrelétrica de Belo Monte não tenha passado por um processo formal de mediação – papel que foi exercido informalmente por órgãos públicos ligados ao meio ambiente – Fleury e Almeida usam esse conflito para exemplificar a delicada, densa, demorada e necessária amálgama antitética de desejos e necessidades dos atores, que exige “tradução, além de objetivos e interesses, de tempos muitas vezes contraditórios” (FLEURY; ALMEIDA, 2013, p. 9).

Diante dessa complexidade e polissemia, como fazer da extrajudicialidade um canal de efetivo proveito para a solução de demandas ambientais? Susskind (1981, p. 4-8) defende que, na alçada ambiental, a

autocomposição deve perseguir três objetivos a par dos já buscados pela mediação generalista: (a) representação e proteção mesmo das partes indiretamente envolvidas, desde que suportem os resultados, (b) estabilidade e equanimidade na maior escala possível e (c) concordância de toda a comunidade e estabelecimento de precedentes construtivos. No entanto, se limitar ao cumprimento desses objetivos pode se mostrar insuficiente para a efetividade das soluções em uma área tão complexa quanto a ambiental. Nessa senda, Bertoldi e Freitas (2015, p. 334) advertem que os problemas jurídicos, notadamente os ambientais, são cada vez mais complexos e exigem soluções compatíveis com essa complexidade. Para os autores, “a linearidade, até então proposta como solução adequada não vem se mostrando tão adequada assim”.

Como já dito, o mediador está preso – em regra – a questões deontológicas e à necessidade de ser um quase observador do desenrolar do conflito. Grosso modo, as partes menos empoderadas estão entregues à sua própria capacidade (muitas vezes extremamente reduzida) de se impor diante de uma negociação conflituosa, repleta de particularidades e que frequentemente exigem conhecimento técnico específico: seja jurídico, ambiental, contábil, financeiro ou ligado a setores de conhecimento ainda mais específicos. O fortalecimento do empoderamento ambiental pode ser materializado na “construção do diálogo e da solidariedade institucional”, pois segundo Barreto e Machado (2016, p. 330) “os controles de produção de informação e de riqueza não estejam submetidos apenas aos detentores desse conhecimento e dessa produção de riqueza”.

É forçoso admitir que um possível Referendo para consultar os municípios sobre qual medida o Estado deve adotar ao caso Samarco resultaria na escolha pela permanência da mineradora em sopesamento do direito fundamental do trabalho em detrimento da repercussão de todos os danos provocados pelo rompimento da barragem. Tal constatação motiva um “olhar de *lince*” sobre a mediação dos conflitos ambientais, em que pese a “ignorância” dos vitimados em contraposição ao poder econômico da (s) parte (s) reclamada (s).

É bem verdade que existem instituições incumbidas, legalmente (como o Ministério Público e Defensoria Pública) ou por finalidade institucional (associações como a Rede Brasileira de Justiça Ambiental, o Movimento de Atingidos por Barragens (MAB) e o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), dentre outras), da tarefa de militar em prol do capital ambiental, mas não se deve subestimar a interconexão entre as

questões econômicas e ambientais, e a influência do poder financeiro na atuação dos movimentos ecológicos e do corpo técnico dos órgãos estatais envolvidos.

Não raras vezes, um ecologismo mais pragmático e menos combativo tem acenado positivamente para discursos que pregam o consenso no caso concreto e a busca por adaptação às iniciativas econômicas em prol de um desenvolvimentismo que se diz sustentável - em vez de ser estabelecida uma política sólida e coerente sobre as tratativas em direito ambiental, mais robusta, visível e defensável porque nacional. Nas palavras de Arnt e Schwartzman (1992, p.125), “a ideia ambientalista desenraizada revela a verdade torta de sua falsidade: a modernização que exprime é a do sistema que obedece aos interesses que contempla”.

A lógica utilitarista prega ser viável que comunidades aceitem e suportem riscos ambientais desproporcionais, desde que estes sejam autorizados por um acordo prévio e expectativa de lucros ou geração de empregos. Não é preciso ir longe para constatar que a confiança na efetividade das instituições pró-ambiente, governamentais ou não, muitas vezes não encontra eco na realidade.

A mineradora Samarco tem como coproprietárias, de um lado a BHP Billiton (gigante da mineração com vários problemas ambientais no histórico, como a contaminação por radiação ou resíduos de mineração na Austrália, Papua Nova Guiné e Chile), de outro a Vale, com 46,2% de investidores estrangeiros e parte nacional controlada pela Valepar (leia-se Fundos de Investimentos da Previ, BNDES Par e a multinacional Mitsui – que inclui Sony, Yamaha e Toyota).

Apesar da intensa presença de capital estrangeiro e da participação estatal, apesar da obrigação constitucional de fiscalizar e preservar o meio ambiente, apesar do histórico desabonador da mineradora, apesar do potencial dano ambiental e social ao entorno, apesar das constantes ampliações na estrutura de contenção dos resíduos e apesar do impacto da atividade da economia local, a iniciativa empresarial que resultou no maior desastre ambiental do Brasil (e o maior em barragens no mundo) teve irregularidades desde o projeto de instalação, devidamente ignorados pelo poder público municipal, estadual e federal, imprensa, instituições estatais ou privadas, associações e outros atores do cenário ambiental.

Não houve acompanhamento sistemático do custo social e ambiental. Não houve discussão, propostas, ponderação. Os moradores da região quedaram-se inertes e esperançosos diante do peso do dinheiro en-

volvido e da promessa de trabalho e renda. Mesmo agora, com o desastre acontecido, os desabrigados não têm voz: estão aguardando recuperação para a situação social, porque a ambiental, segundo especialistas, demorará dezenas de anos, com prejuízo incalculável. A atuação do Ministério Público, por vezes repressiva, se limita a procurar culpados, contribuição que se perde nos acordos extrajudiciais firmados nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), reduzidas as multas devidas a valores que passam longe do real dano causado. O peso estatal de nada valeu quando se tratou de defender o meio ambiente. Nenhuma voz se levantou.

Apesar do acima exposto, pensadores como Susskind e Cruikshank, entendem ser errôneo subentender que delegar a solução ambiental para a extrajudicialidade implique em abdicar da responsabilidade legal do Estado (MENDONÇA, 2014, p. 80-81) de acompanhar amiúde e minuciosamente as tratativas mediatórias ambientais.

No mesmo sentido, Silva Junior (2009) defende que, por lidar diretamente com direitos indisponíveis, a estabilidade e efeitos positivos da tratativa ambiental só se podem garantir pela presença ativa de órgãos estatais na mediação¹⁹: “será exatamente a presença destes participantes oficiais no processo autocompositivo que permitirá a observância do interesse de proteção do bem jurídico ambiental, notadamente de caráter indisponível” (SILVA, 2009, p.12). Essa atuação pública deve ser, em sua opinião, repressiva e preventiva, corrigindo distorções e impedindo a violação de normas cogentes e valores basilares do ordenamento jurídico, de modo a tornar o mais hígido possível o processo de autocomposição da solução ambiental.

Sendo assim, fica claro ser ainda imprescindível – no que se refere a direitos indisponíveis, como os ambientais, mais objetivamente – a existência de uma instância hierarquicamente superior que fiscalize o andamento e teor das tratativas mediatórias:

Caso houvesse uma real fiscalização por parte do poder público, a mediação seria uma alternativa viável a atuação jurisdicional na solução de controvérsias ambientais, tendo a celeridade e o diálogo como vetor na busca do desenvolvimento sustentável, pois se trata de verdadeiro exercício da cidadania ao promover a concretização de direitos e deveres, calcados nos princípios da fraternidade e da solidariedade (BUSTAMANTE; SILVA, 2015, p. 7).

19 O ordenamento jurídico português considera interesse individualmente indisponível, conforme a Lei de Bases do Ambiente (19/2014).

Essa vigilância estatal ainda se faz necessária para evitar que possível desigualdade entre os contendentes diretos e/ou indiretos prospere para um ajuste efêmero, pouco representativo, incapacitado para tutelar os interesses das partes de forma equânime, ou que até mesmo seja ilegítimo: desobediente à intenção primeira da mediação, que é encontrar, tal qual na tutela jurídica estatal, uma solução de mérito que produza justiça e pacificação social.

Em posição preventiva e cautelosa, Gomes (2014, p. 205) pondera que:

A sensibilização crescente para as questões da protecção do ambiente, da preservação da qualidade dos componentes ambientais naturais, da estreita associação entre ambiente, saúde e qualidade de vida, incrementam a litigiosidade ambiental; daí que a opção por caminhos diversos dos das exauridas vias judiciais suscite, *prima facie*, alguma expectativa.

Para a autora, um caminho possível é a participação ampla da sociedade no decorrer do processo mediativo, de modo que as possíveis desigualdades entre os mediandos sejam compensadas pela visibilidade pública e pelo conhecimento técnico provido por autoridades isentas, que tanto podem ser órgãos públicos, entidades privadas, ONGs ou técnicos de renomado conhecimento na matéria sobre a qual se baseia o conflito. Acerca da visibilidade pública, Gomes é enfática:

A natureza metaindividual do macro-bem ambiente (componentes ambientais naturais e suas interações) convida a uma abordagem abrangente, pulverizada pelos actores sociais — cidadãos, associações de defesa do ambiente, operadores económicos, autoridades públicas com competência de implementação da política de ambiente. Por isso, são traços identificativos dos procedimentos autorizativos os momentos de participação pública, mormente através de audiências públicas previamente anunciadas, no âmbito das quais se disponibiliza a informação relativa aos projectos em curso de avaliação e licenciamento, com vista à geração de um contraditório alargado do qual podem resultar indicações relevantes para a conformação dos deveres de protecção do ambiente associados aos actos autorizativos finais (se concedidos). A pergunta que se impõe, perante esta constatação, é a seguinte: há aqui espaço útil para a mediação ambiental? (GOMES, 2014, p. 214).

O temor de Gomes, justificável pela intensa complexidade das

demandas ambientais, faz nascer a busca por alternativas possíveis e satisfatórias para a resolução dessas demandas. Caso não se mostre possível alcançar uma equanimidade aceitável na alçada extrajudicial, necessário voltar à pronúncia estatal do direito, por meio da tutela judiciária. Nesse sentido, o CPC/2015 apresenta uma oportunidade de sucesso nessa empreitada: a figura do *amicus curiae*, personagem que não é estranho ao cotidiano do Judiciário, mas que ainda não havia recebido a devida atenção do legislador. A contribuição desses terceiros tecnicamente competentes para informar e opinar sobre questões ligadas à causa ambiental é interessante na medida em que amplia o contraditório e contribui com uma inteligência técnica e preventiva na composição da solução judicial.

O CPC/2015 trata do *amicus curiae* como um terceiro, pessoa física ou jurídica, interveniente²⁰ no processo judicial. A presença desse estranho à causa, dotado do conhecimento específico e legitimado para, dentro do processo, aclarar aspectos da questão tratada e fornecer subsídios para a cognição judicial – desde que prove representatividade adequada – pode ser um contributo para que a solução jurisdicional penda em favor da parte hipossuficiente e da preservação do capital ambiental.

Pensadores adeptos à ideia de que a causa do meio ambiente deve ser tratada com especial deferência acreditam que o interesse imediato é, de fato, das partes, mas o interesse mediato de toda a sociedade justifica a participação popular, por meio da ampla publicidade das tratativas e da real possibilidade de intervenção cidadã, e do Estado, com sua atuação cogente em prol da eficácia diagonal dos direitos fundamentais. No cerne dessa defesa, a convicção de que abandonar o mediando menos favorecido numa disputa para a qual não dispõe da necessária paridade de armas é jogo de cartas marcadas em que a lógica econômica sempre irá vencer, em detrimento do equilíbrio (que se sabe necessário) entre o ser humano e o meio ambiente ao qual pertence.

20 Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

CONCLUSÃO

A investigação constata a existência de um engessamento na ordem prática que dificulta a escolha da melhor e mais viável solução para os conflitos ambientais. Por um lado, a decisão judicial morosa reflete em prejuízo, pela irreversibilidade do dano ambiental já causado e agravado pela demora. Por outro, a mediação ambiental arrisca-se a legitimar tratativas equivocadas, causadas pela disparidade de suficiência entre os mediandos, falta de conhecimento técnico, má fé e até pela impossibilidade de ação do mediador, agrilhado que está aos manuais de conduta e às exigências de neutralidade.

Diante desse impasse – sem reduzir a importância dos conflitos familiares, trabalhistas, consumeristas, dentre outros – urge fortalecer a ideia de que os conflitos ambientais são campo em que sociedade se arrisca a dano integral, irreversível e de dimensão difusa. Nesta dimensão gravosa, nem sempre é possível identificar os limites do direito tutelado, seja por conta da abstração e dinamicidade das especificidades na lide com o meio ambiente, seja porque a polissemia característica dessa área do direito abre espaço para discussões que podem se estender e englobar numeroso rol de mediandos.

Equívocos em tratativas mediatórias podem gerar graves danos não só ao capital ambiental, mas a comunidades, culturas e a toda sociedade, de tal modo que elas não podem ficar desassistidas da proteção e fiscalização estatal, mesmo em se tratando de relação autocompositória. O Estado deve participar, interferindo em prol de um meio-termo ético.

Diante da gravidade desse fato, a doutrina teoriza em busca de estratégias que permitam ser a solução mediada uma instância de produção da justiça, não de perpetuação das desigualdades. Alguns dos expedientes aventados para a melhoria da mediação como ferramenta de gestão de conflitos ambientais passam pelo empoderamento dos mediandos, pela representatividade dos envolvidos, pela intensa participação popular, pela fiscalização estatal e até pela atuação dos *amici curiae*, na circunstância de a mediação se mostrar tão ineficaz que seja imprescindível levar a demanda à tutela jurisdicional.

Não se olvida a possibilidade de a presença do Estado – seja como elemento fiscalizador, seja como ele próprio ministrador da justiça – não garantir a plenitude e integridade da solução apresentada em uma

lide que envolva o direito ambiental, mas é um elemento que indubitavelmente traz ares de mais democracia, impessoalidade e lisura. Nesses novos tempos em que se busca a agilidade da justiça, é impossível abandonar a lembrança de que, lenta ou rápida, a solução deve – no que mais for possível – ser equânime, ser justa e fomentar a pacificação social.

REFERÊNCIAS

ARNT, R. A.; SCHWARTZMAN, S. *Um artifício orgânico* - transição na Amazônia e ambientalismo (1985-1990). Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

BARRETO, Leandro de Marzo; MACHADO, Paulo Affonso Leme. A construção do diálogo e da solidariedade e a proteção do bem ambiental e da natureza na concepção universal do humano, a partir de uma leitura da Encíclica Laudato Si. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 319-336, maio/ago. 2016.

BERTOLDI, Marcia Rodrigues; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. O princípio da proporcionalidade a solução de conflitos envolvendo o direito penal ambiental simbólico e de risco. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p. 319-341, jul./dez. 2015.

BRASIL. Lei 13.105/2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://livraria.senado.gov.br/e_CPC_2015> Acesso em: 30 mai. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.140/2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 31 mai. 2016.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*. San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1994.

BUSTAMANTE, Ana Paula; SILVA, Tatiane Fernandes Dias da. A mediação como mecanismo extrajudicial para a pacificação de conflitos ambientais em prol do desenvolvimento sustentável. In: LEITE, Flavia Piva Almeida; SANTIN, Janaina Rigo; DIAS, Jefferson Aparecido (Coord.).

Objetivos e metas desenvolvimento do milênio da ONU [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 7 – 23. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/091ud5at/v7VX0I2g-cKyn597D.pdf>>. Acesso: 13 jan. 2016.

CNJ. *Justiça em números 2015*. Brasília: 2015a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso: 30 mai. 2016

CNJ. *Manual de mediação judicial*. Brasília: 2015b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso: 31 mai. 2016.

CNJ. *Resolução N° 125 de 29/11/2010*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso: 28 mai. 2016.

DIDIER, Fredie. *Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial*. 2015b. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/fonte-normativa-da-legitimacao-extraordinaria-no-novo-codigo-de-processo-civil-a-legitimacao-extraordinaria-de-origem-negocial/>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

DIDIER, Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. 2015a. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

FLEURY, Lorena Cândido; ALMEIDA, Jalcione. A construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte: conflito ambiental e o dilema do desenvolvimento. *Ambiente e Sociedade*, São Paulo, v.16, n. 4, Oct./Dec. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/readcube/epdf.php?doi=10.1590/S1414-753X2013000400009&pid=S1414-753X2013000400009&pdf_path=asoc/v16n4/09.pdf&lang=pt>. Acesso: 15 jan. 2016

GOMES, Carla Amado. Mediação e arbitragem administrativa e direito do ambiente: qualquer semelhança é mera coincidência? *Revista da Faculdade de Direito*, n. 42, n. 2, p. 204-223, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/29037>>. Acesso em: 13 jun.2016.

MARTINS, Dayse Braga; BARROS, Maria do Carmo. A mediação como mecanismo de solução de conflitos ambientais e efetivação do princípio da participação social. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; CARMO, Valter Moura do (Org.). *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*. Fortaleza: Premium, 2013. v. 1. p. 146-167.

MARTINS, Natália Luiza Alves; CARMO, Valter Moura do. Mediação de conflitos socioambientais: uma alternativa à efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 6, n. 2, p. 1-38, 2015.

MENDONÇA, Rafael. *O desafio ético do mediador ambiental: por uma ética da libertação biocêntrica subjacente à deontologia da mediação de conflitos ambientais*. Florianópolis, SC, 2014. 203 p. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas. Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/123187/327428.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso: 14 jan. 2016.

O'LEARY, Rosemary. *Environmental Mediation: What Do We Know and How Do We Know It?* In: BLACKBURN, J. Walton; BRUCE, Willa Marie (Ed.). *Mediating Environmental Conflicts: Theory and Practice*. Quorum Books: Westport, 1995. Disponível em: <http://legacy.earlham.edu/~chriss/ConflictRes/pdf%20files/MediatingEnvirConflicts_p18_35.pdf>. Acesso: 10 jan. 2015.

OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 7, n. 2, p. 98-116, maio/ago. 2015.

PORTUGAL. *Lei nº 19, 14 de abril de 2014*. Define as bases da política de ambiente e revoga a Lei de Bases do Ambiente n.º 11/87.

RIBAS, Lídia Maria. Arbitragem e transação na gestão dos conflitos ambientais. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 117-134.

ROSEMBUJ, Flavia. Nuevas formas de acción en la protección del ambiente: la negociación de la administración con el contaminador y la me-

diación de conflictos ambientales. In: GONZÁLEZ-CAPITEL, Celia (Coord.). *Mediación x 7*. Barcelona: Atelier, 2001. p. 128-164

SILVA JUNIOR, Sidney Rosa da Silva. A mediação e o interesse público ambiental. *Arcos*: Revista Eletrônica de Direito Processual, UERJ: Rio de Janeiro, ano 3, v. III, 2009. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/a-mediacao-e-o-interesse-publico-ambiental>>. Acesso: 11 jan. 2015

SILVA, Sílvio Maia. *O novo Código de Processo Civil e a mediação como meio de solução de controvérsias*. Publicado em 31 mar. 2015. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/O_Novo_CPC_e_a_Medicao.pdf>. Acesso: 13 jan. 2016.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. *Mediação de Conflitos Ambientais: um novo caminho para a governança da água no Brasil?* Curitiba: Juruá, 2010.

SUSSKIND, Lawrence. Environmental Mediation and the Accountability Problem. *Vermont Law Review*. v. 6, n. 1, p. 1-47, 1981. Disponível em: <<http://law.marquette.edu/courtadr/wp-content/uploads/2011/07/Susskind-Vermont-LR9161.pdf>>. Acesso: 29 dez. 2015

WALDMAN, Ellen. *Mediation ethics: cases and commentaries*. San Francisco: Jossey-Bass, 2011.

Artigo recebido em: 30/08/2016.

Artigo aceito em: 29/11/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

BARROS, Ana Meire Vasconcelos; CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do. Desequilíbrios de poder entre os mediandos e a necessária tutela do Estado: análise da mediação ambiental à luz do CPC/2015. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 267-289, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/869>>. Acesso em: dia mês. ano.

EDUCAÇÃO AMBIENTAL PARA A CIDADANIA, INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DO DIREITO A UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO NO BRASIL E EM PORTUGAL

Maria Anaber Melo e Silva

Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal.
Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
Professora da Universidade Tiradentes (UNIT).
Email: anabermelo@yahoo.com.br

Marcia Rodrigues Bertoldi

Pós-doutora pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)
Doutora em Globalização e Direito pela Universidad de Girona, Espanha.
Doutora em Estudos Internacionais pela Universidad Pompeu Fabra, Espanha.
Professora da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL).
Email: marciabertoldi@yahoo.com

RESUMO

Este artigo enfrenta a importância da educação ambiental e seu reflexo para a sociedade, a execução do direito humano e fundamental a um meio ambiente equilibrado, incluindo os aspectos jurídicos, o necessário exercício da cidadania para este fim e sua relação com o acesso à informação sobre questões ambientais. Sustenta que o processo de formação ambiental complexa, transdisciplinar, dentro e fora da escola, pode ser uma ferramenta para o almejado princípio, objetivo e urgente paradigma do desenvolvimento sustentável. A participação cidadã é um valioso instrumento a ser alcançado com uso de instrumentos jurídicos que podem ser utilizados por meios judiciais e administrativos, entre eles a ação popular e o acesso às informações ambientais em razão de garantias constitucionais e normas infraconstitucionais. Ademais, a Administração Pública tem a responsabilidade legal de executar programas e ações efetivas e eficientes para uma educação ambiental planetária com a colaboração do Estado e da sociedade civil. Este trabalho utilizou-se do método de abordagem dedutivo e do

auxiliar comparativo, mediante revisão bibliográfico-documental de caráter qualitativo.

Palavras-chave: Educação ambiental; Cidadania; Direito ao meio ambiente equilibrado; Desenvolvimento sustentável.

ENVIRONMENTAL EDUCATION FOR CITIZENSHIP, AN INSTRUMENT FOR THE REALIZATION OF THE RIGHT TO A BALANCED ENVIRONMENT IN BRAZIL AND IN PORTUGAL

ABSTRACT

This paper deals with the importance of environmental education and the way in which this is reflected in society, the execution of our right to a balanced environment and the legal aspects involved, the necessary exercise of citizenship for this purpose, and the way in which this is related to accessing information on environmental matters. It maintains that the process of complex and transdisciplinary environmental education – both within and outside of teaching institutions – can be a tool for the desired sustainable development. The participation of citizens is a valuable instrument achieved through judicial and administrative measures, including popular action and having access to environmental data as a result of constitutional privileges and infra-constitutional laws. Furthermore, it is the legal responsibility of public administration to implement programmes and actions that are effective and efficient for planetary environmental education, with collaboration from both the government and civil society. Deductive and comparative research methods were applied to this study, by means of qualitative biographical and documentary revision.

Keywords: *Environmental education; Citizenship; Right to a balanced environment; Sustainable development.*

INTRODUÇÃO

As discussões sobre o meio ambiente tomaram força a partir de 1972 com a Primeira Conferência Mundial do Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo e convocada pela ONU em face do Relatório do Clube de Roma sobre o uso dos recursos naturais. Nessa conferência, a educação foi recomendada como um dos instrumentos para resolução dos problemas ambientais; outro evento de grande repercussão internacional dirigido à temática foi o Seminário Internacional sobre Educação Ambiental realizado em 1975, em Belgrado, onde foram indicadas estratégias para os países membros da ONU desenvolverem políticas regionais e internacionais de educação ambiental. A seguir, como resultado da Conferência de Estocolmo, realizou-se em 1977, em Tbilisi, a conferência que resultou na Declaração da Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental, que aponta a educação ambiental como fonte criadora capaz de fazer o indivíduo compreender o meio ambiente e a estimulá-lo a práticas positivas (TAZONI-REIS, 2004, pp.4-5).

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio -92), de onde originou-se a Agenda 21, a ferramenta para o desenvolvimento sustentável¹, em seu capítulo 36, ampliou os princípios e as recomendações apresentadas em documentos anteriores sobre a educação ambiental, além de ter alcançado importante papel na divulgação internacional das bases da educação ambiental: reorientação do ensino para o desenvolvimento sustentável, aumento da consciência pública e promoção do treinamento.

A sociedade, o Estado e suas instituições desempenham importante papel na proteção ambiental. Cuidar dos recursos naturais imprescindíveis à sobrevivência da humanidade e dos demais seres vivos exige um “cuidar de toda a comunidade” (GADOTTI, 2008, p. 12), um cuidar complexo, que implica o Estado envidar esforços integrados para promover ações capazes de promover e acentuar a consciência ecológica, com a

1 O conceito de desenvolvimento sustentável pressupõe uma pluralidade de dimensões que implicam a observância de um enfoque integral e integralizado com as dimensões sociais, econômicas e políticas, que visem a utilização sustentável dos recursos naturais, a eficiência econômica, a equidade social, que impõem restrições ao sistema econômico vigente, à sociedade de consumo, ao ideal desenvolvimentista. Em palavras objetivas, RUIZ, divulga que o desenvolvimento sustentável persegue o logro de três objetivos essenciais: um objetivo puramente econômico - a eficiência na utilização dos recursos e o crescimento quantitativo - um objetivo social e cultural - a limitação da pobreza, a manutenção dos diversos sistemas sociais e culturais e a equidade social - e um objetivo ecológico, a preservação dos sistemas físicos e biológicos (recursos naturais *lato sensu*) que servem de suporte à vida dos seres humanos (RUIZ, 1999, p. 33).

execução de programas e projetos que desenvolvam o senso de responsabilidade às questões ambientais. Assim, alega Leff (2013, p.154):

As estratégias acadêmicas, as políticas educativas, os métodos pedagógicos, a produção de conhecimentos científico-tecnológicos e a formação de capacidades se entrelaçam com as condições políticas, econômicas e culturais de cada região e de cada nação para a construção de um saber e de uma racionalidade ambientais que orientam os processos de re-apropriação da natureza e as práticas do desenvolvimento sustentável.

O dever de o Estado ascender nos cidadãos à consciência ecológica e contribuir, através da educação, para o aprofundamento do conhecimento voltado à proteção do meio ambiente, está previsto no art. 225, parágrafo 1º, inciso VI da Constituição da República Federativa do Brasil e, impõe para isto, a obrigação de promover uma educação ambiental em todos os níveis de ensino.

O Estado português, tal qual o brasileiro, tem a obrigação legal de educar para assegurar o direito ao meio ambiente, conforme determinação contida no art. 66º, “g” da Constituição da República Portuguesa, e para isto deve possuir organismos próprios responsáveis para promover ações educativas, dentro e fora da escola, juntamente com a colaboração da sociedade.

A positivação jurídica do dever de educar para favorecer o equilíbrio e a proteção do meio ambiente é reflexo da iniciativa dos legisladores em impor ao Estado esta obrigação, que deve ser promovida a partir da escola, de instituições e dos órgãos públicos, de forma ampla e criativa, com a colaboração da sociedade que, apesar de ter o direito ao meio ambiente equilibrado, também é detentor do dever de protegê-lo e conservá-lo.

Os órgãos públicos designados para exercerem a proteção ambiental administrativa ou judicial têm também a obrigação de desenvolver programas de educação ambiental, que incluam a aplicação de sanções cíveis e penais como medida educativa, impondo uma postura repressiva à transgressão legal, mas contributiva à proteção do meio ambiente, em favor da coletividade e em detrimento de interesses individuais contrários àquela. A cobrança de taxas para quem polui o meio ambiente, com base no princípio do poluidor-pagador, previsto expressamente nos ordenamentos jurídicos brasileiro e europeu, segundo Aragão (2010, p.80), visa a precaução, a prevenção e a equidade na redistribuição dos custos das

medidas públicas. Impor uma sanção pecuniária a quem prejudica o meio ambiente, além do reflexo econômico na recomposição dos gastos públicos empreendidos no combate aos prejuízos produzidos com a ação danosa, tem também a função educativa de desencorajá-la. Sem o conteúdo estritamente econômico como meio de educação, o ensino escolar de todos os níveis pode contribuir na preservação do meio ambiente ao incluir programas curriculares dirigidos à temática e ao realizar ações mais amplas fora da ambiência escolar; cumpre determinação constitucional e impulsiona a consciência global, “ainda em processo de gestação, em busca de suas condições de legitimação ideológica, de concreção teórica e de objetivação prática” (LEFF, 2013, p. 149).

Brasil e Portugal apresentam programas curriculares e outros instrumentos com o objetivo de promover uma consciência ambiental, adiante demonstrados a partir das experiências normativas, iniciativas civis e estatais. Considerando que o cumprimento da responsabilidade legal de consolidar a educação ambiental nos referidos países ou em quaisquer outros contribui para conscientizar as crianças e jovens de hoje sobre a importância de preservar o meio ambiente para si e para as futuras gerações, mesmo em meio ao galopante progresso².

Decerto, educar é cuidar, que é saber, conhecer, o que exige estratégias que fomentem um olhar de integridade, “um paradigma de distinção/conjunção, que permite distinguir sem disjuntar, de associar sem identificar ou reduzir” (MORIN, 2001, p. 15), de re-conhecer os seres vivos com alteridade, para o que o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), o Fundo Mundial da Natureza (WWF) e a União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN) elaboraram uma estratégia³ que indicam princípios pautados no cuidado: i) construir uma sociedade sustentável; ii) respeitar e cuidar da comunidade de seres vivos; iii) melhorar a qualidade de vida; iv) conservar a vitalidade e a diversidade do planeta terra; v) permanecer nos limites da capacidade de suporte do planeta terra; vi) modificar atitudes e práticas pessoais; vii) permitir que as comunidades cuidem de seu próprio meio ambiente; viii) gerar uma estrutura nacional para integrar desenvolvimento e conservação; e ix) constituir uma aliança global.

2 O sentido empregado à progresso é amplo e relaciona-se com os meios empregados na modificação da realidade para a melhoria da sociedade.

3 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE (PNUMA); FUNDO MUNDIAL DA NATUREZA (WWF); UNIÃO INTERNACIONAL PARA A CONSERVAÇÃO DA NATUREZA (IUCN), 1991. Disponível em: <<https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/CFE-003.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

A importância da educação ambiental e seu reflexo para a sociedade é o objeto principal que este trabalho enfrenta, incluindo os aspectos jurídicos, o necessário exercício da cidadania para este fim e sua relação com o acesso à informação ambiental.

Este trabalho utilizou-se do método de abordagem dedutivo e do auxiliar comparativo, mediante revisão bibliográfico-documental de caráter qualitativo. Nesse sentido, utilizou-se da revisão bibliográfico-documental para conhecer os conceitos, princípios e sistemas jurídicos analisados acerca da educação ambiental. Também, analisou-se projetos dos dois países, a fim de fortalecer e demonstrar a possibilidade de eficácia das condutas obrigatórias das normas.

1 OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA A EDUCAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL E EM PORTUGAL

A educação ambiental, segundo Guimarães (2000, p.17), tem sido implementada com o objetivo principal de mudar os valores e atitudes da humanidade em relação à natureza e contribuir para uma melhor compreensão sobre a sustentabilidade ambiental, levando-se em conta a relação desenvolvimento/meio ambiente. Vai além de limitar-se a internalizar os valores de conservação da natureza, o que tem mostrado os resultados, e alinha-se à ideia de que:

Os princípios e valores ambientais promovidos por uma pedagogia do ambiente devem enriquecer-se com uma pedagogia da complexidade, que induza nos educandos uma visão da multicausalidade e das inter-relações dos diferentes processos que integram seu mundo de vida nas diferentes etapas do desenvolvimento psicogenético; que gere um pensamento crítico e criativo baseado em novas capacidades cognitivas (LEFF, 2013, p. 243)

Um dos objetivos do ensino no Brasil, segundo o art. 32, II da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) é formar o cidadão para a compreensão do ambiente natural, obrigatoriedade esta ratificada na lei que instituiu a Política de Educação Ambiental (Lei nº 9.795/99), demandando ações imediatas no cumprimento do objetivo de prover uma formação do cidadão mais consciente das responsabilidades perante a natureza.

A mencionada Política dispõe em seu artigo 5º os objetivos fundamentais,

entre eles o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos, contribuindo, então, para uma visão complexa, transdisciplinar do saber, posto que “a construção de uma racionalidade ambiental implica a formação de um novo saber e a integração interdisciplinar do conhecimento, para explicar o comportamento de sistemas socioambientais complexos” (LEFF, 2013, p. 145). Esta previsão legal impõe ao Estado uma atuação também integrada, tanto dentro como fora da estrutura administrativa, exigindo-lhe a execução de amplos programas fomentadores da consciência ecológica em parceria com a sociedade. Nesse sentido, é muito importante, buscar a noção e a necessidade da transversalidade entre áreas de conhecimento como afirmam Rodrigues e Derani (2013, p. 126)

A ideia de tema transversal vem exatamente atender as exigências e princípios traçados para a educação ambiental. A sua adoção sob a forma de eixo transversal, no contexto do projeto pedagógico de cada curso, possibilita a discussão e análise do tema meio ambiente em diferentes áreas do conhecimento – nesse sentido implica a adoção de uma visão interdisciplinar ou mesmo transdisciplinar, possibilitando discussões e práticas que congreguem diferentes saberes, transcendendo as noções de disciplina, matéria e área.

Por sua vez, a Lei de Bases do Sistema Educativo de Portugal (46/96) prevê a possibilidade de inserção nos planos curriculares do ensino básico o componente dedicado à educação ecológica. Contudo, o art. 47º, nº 2, não obriga de forma contundente a inclusão da matéria voltada a este fim, haja vista a redação do referido artigo admitir a inclusão sem a obrigatoriedade, pois ao afirmar que “pode ter como componentes a educação ecológica, a educação do consumidor, a educação familiar, a educação sexual (...)” possibilita a escolha entre incluir ou não. No entanto, a Lei nº 49/2005, que alterou a Lei de Bases do Sistema Educativo, corrigiu esta deficiência ao afirmar em seu art. 50º, nº 2, que os planos curriculares têm como obrigação a inclusão do componente curricular dedicado à educação ecológica, entre outros.

O sistema jurídico, principalmente em países democráticos, é forte instrumento favorecedor dos direitos fundamentais, entre eles o direito ao meio ambiente saudável e à educação, pois é nele que as ações estão apoiadas, sejam aquelas voltadas para reivindicar direitos, sejam para

cumprir obrigações. E nos sistemas jurídicos brasileiro e português estão consignados os fundamentos da educação ambiental, adiante apontados.

1.1 Sistema jurídico brasileiro

Como já dito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta vários artigos relativos ao meio ambiente, mas é no artigo 225 que se dedica a tratar especificamente sobre o tema, expressando em seu *caput* que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...), e a todos - Estado e sociedade - lhes é responsabilizado defendê-lo e preservá-lo, possibilitando às presentes e futuras gerações usufruírem de suas qualidades.

O mesmo artigo impõe responsabilidades ao poder público para tornar efetivos os direitos consignados, entre elas, a de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. Nota-se a partir dessa obrigação que o Estado deverá promover políticas públicas para área educacional de todos os níveis.

O Ministério da Educação do Brasil, com base nos princípios gerais da LDB - Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/ 1996) tem a obrigação de, no ensino fundamental, formar o cidadão capaz de compreender o ambiente natural e social e com esse objetivo tem buscado ampliar os programas. Contudo, tal mandamento tem tido efetividades muito tímidas, haja vista o caráter contínuo do processo educacional e os requisitos materiais necessários.

Os parâmetros curriculares do ensino fundamental de 1998, por exemplo, colocam o tema como parte do projeto pedagógico de Educação Física⁴, mas apenas em relação ao uso de espaços públicos para as aulas práticas, como forma de fazer o aluno sentir-se inserido nos diversos ambientes. A iniciativa, apesar de salutar, foi sutil quando se trata de um assunto de alta relevância que exige medidas contra as atuais práticas contrárias ao ambiente saudável. Nesse sentido, aliviando a generalidade do programa, em 2002 foram incluídos os intitulados Parâmetros em Ação: meio ambiente na escola⁵; nele consta como parte do material o kit do coordenador e o kit do professor para dar suporte ao desenvolvimento das

4 BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental, 1998. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/fisica.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

5 MEC. Secretaria de Educação Fundamental, 2001. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/coea/CadernoApresentacao.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

atividades nas escolas aderidas voluntariamente ao programa.

Os parâmetros curriculares do ensino médio do ano 2002⁶ seguiram com certo *déficit*, pois apesar de apresentarem na fundamentação considerações sobre o papel da escola enquanto contribuinte à cidadania qualitativa, possibilitando conhecimento suficiente ao aluno para tornar-se um protagonista social responsável, permitindo-lhe exercer direitos como o de ter um meio ambiente saudável, não abordou o tema como exigência específica a ser desenvolvida, o colocando apenas como tema dos assuntos integrantes da disciplina Biologia. Nessa perspectiva, adverte Leff (2013, p 145):

O saber ambiental excede as “ciências ambientais”, constituídas como um conjunto de especializações surgidas da incorporação dos enfoques ecológicos às disciplinas tradicionais – antropologia ecológica; ecologia urbana; saúde, psicologia, economia e engenharia ambientais – e se estende além do campo de articulação das ciências, para abrir-se ao terreno dos valores éticos, dos conhecimentos práticos e dos saberes tradicionais.

Não obstante, a Lei nº 9.795/1999, que dispõe sobre a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental no Brasil, impulsionou tal forma de educação no Brasil, impondo responsabilidades ao poder público quanto à definição de políticas públicas, a promoção de uma educação ambiental em todos os níveis de ensino com o envolvimento da sociedade, tendo como norte os princípios da educação ambiental elencados no Art. 4º da Lei 9.795/1999, quais sejam: I - o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo; II - a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o socioeconômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade; III - o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade; IV - a vinculação entre a ética, a educação, o trabalho e as práticas sociais; V - a garantia de continuidade e permanência do processo educativo; VI - a permanente avaliação crítica do processo educativo; VII - a abordagem articulada das questões ambientais locais, regionais, nacionais e globais; VIII - o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade individual e cultural.

Participam do processo educativo, conforme o art. 3º, as instituições de ensino, os órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio

6 MEC, 2000. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/blegais.pdf>>. Acesso em 05 fev. 2016.

Ambiente (SISNAMA), os meios de comunicação de massa, empresas, instituições de classe e a sociedade como um todo. Portanto, esta lei demonstra os compromissos legais a serem assumidos por diversas parcelas da sociedade civil e do Estado em relação à educação ambiental, mas é frágil quanto a não determinação de penalidades ou incentivos para quem a atender ou não.

É importante citar o Programa Nacional de Educação Ambiental – PRONEA⁷ que já lançou várias versões do programa (a última se refere ao ano de 2014) com o objetivo de cumprir os preceitos da Constituição, da Lei nº 9.795/99 e demais normas e acordos internacionais que envolvem o Brasil.

1.2 Sistema jurídico português

A Constituição da República Portuguesa no artigo 66º, “g” impõe ao Estado a responsabilidade de promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente. Esta determinação é a base das políticas públicas governamentais para fomentar uma prática cidadã em favor do meio ambiente em Portugal, princípio para outras normas.

A Lei de Bases do Sistema Educativo, publicada em 1986, reconhece a educação ambiental como um dos objetivos de formação do aluno (PINTO, 2004), mas não indica como isto deve ser inserido nos currículos escolares (PINTO, 2004). A Lei nº 49/2005 de 30 de agosto, 2ª alteração à mencionada lei foi um pouco mais específica ao impor para o desenvolvimento curricular do ensino básico, em todos os ciclos, a inclusão de componentes da educação ecológica (art. 50º/nº 2), mas não sugere ou especifica as estratégias a serem adotadas.

A entrada de Portugal na União Europeia proporcionou, além de tantos outros aspectos, fatores positivos para o desenvolvimento da política ambiental e da educação ambiental, pela combinação de instrumentos

⁷ Os principais objetivos do Pronea são: promover processos de educação ambiental voltados para valores humanistas, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências que contribuam para a participação cidadã na construção de sociedades sustentáveis; fomentar processos de formação continuada em educação ambiental, formal e não formal, dando condições para a atuação nos diversos setores da sociedade; fomentar a transversalidade por meio da internacionalização e difusão da dimensão ambiental nos projetos, governamentais e não governamentais; estimular as empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas a desenvolverem programas destinados à capacitação de trabalhadores, visando a melhoria e o controle efetivo sobre o meio ambiente de trabalho, bem como sobre as repercussões do processo produtivo no meio ambiente; difundir a legislação ambiental, por intermédio de programas, projetos e ações de educação ambiental, etc. MMA. Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental Departamento de Educação Ambiental, 2014. Disponível em <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/pronea4.pdf > . Acesso em: 10 fev. 2016.

político-jurídicos e incentivos financeiros. A nova fase portuguesa impôs compromissos e levou à publicação da Lei das Associações de Defesa do Ambiente (Lei nº 10/87) e da Lei de Bases do Ambiente (Lei nº 11/87). Por outro lado, o INAMB - Instituto Nacional do Ambiente (Lei nº 11/87), substituído pelo IPAMB – Instituto de Promoção Ambiental, hoje absorvido pelo IA – Instituto do Ambiente, executou ações planejadas para o meio ambiente (PINTO, 2004).

Também, a ASPEA – Associação Portuguesa de Educação Ambiental, constituída a 6 de julho de 1990, tem como principal objetivo estatutário “[...] fomentar a educação ambiental para o desenvolvimento e para a sustentabilidade, nos sistemas de educação formal, não formal e informal” (art. 3º do Estatuto), visando contribuir na divulgação, promoção e criação de programas voltados à educação ambiental, buscando interagir com universidades, empresas, organismos e o setor público (art. 4º do Estatuto). É uma organização civil com o objetivo de promover ações capazes de contribuir na mudança de postura dos humanos (crianças e adultos) frente às mudanças climáticas e ambientais que refletem no bem-estar desta e de futuras gerações.

O Ministério da Educação e Ciência de Portugal aborda a Educação Ambiental para a Sustentabilidade como um requisito indispensável à promoção de valores, à mudança de atitudes e de comportamentos face ao ambiente com o objetivo de despertar os jovens para o exercício de uma cidadania frente às demandas ambientais atuais⁸.

O fomento à educação ambiental é sutilmente prevista nos currículos escolares do ensino secundário indicando duas disciplinas com conteúdos sobre meio ambiente, apenas nos 10º, 11º e 12º anos do curso tecnológico do ordenamento do território e ambiente, ao contrário de outras disciplinas que estão presentes em todos os cursos, como a de educação moral e religiosa católica. Verifica-se assim a necessidade de um reforço programático curricular para colocá-lo em conformidade com as normas superiores, inclusive com a própria Constituição, que impõe a educação ambiental como uma das formas de valorização da cidadania.

2 CIDADANIA PARA A EDUCAÇÃO AMBIENTAL

É importante entender a cidadania como a expressão de diversos

⁸ Direção Geral da Educação, s/d. Disponível em: <<http://www.dge.mec.pt/educacao-ambiental-para-sustentabilidade>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

direitos que possibilita ao cidadão participar ativamente da vida, seja no âmbito político, social ou governamental (DALLARI, 1998). Em pertinentes palavras de Dallari (1998, p. 14), “quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social”. Nesse diapasão, a educação para a cidadania apresenta-se como instrumento de efetividade desse conjunto de direitos, entre eles, o de ter um ambiente saudável, equilibrado e sustentável.

O fortalecimento da cidadania, um dos objetivos da educação ambiental, implica no conhecimento de direitos e deveres, requisito indispensável para fortalecer e assegurar a atuação do cidadão. Mas a consciência pura destas informações não se transforma em exercício de cidadania, pois participar em atividades de prevenção ou de minoração de problemas não garante um resultado linear e implica vários fatores intersubjetivos que dificultam a formalização de estratégias pedagógicas uniformes e bem-sucedidas.

A existência de normas jurídicas que obrigam uma atuação estatal voltada à educação ambiental não é capaz de realizar isoladamente as mudanças necessárias, é preciso o envolvimento das organizações sociais privadas e a interferência dos cidadãos em matéria ambiental. A consagração da cidadania é a capacidade do indivíduo, isoladamente ou coletivamente organizado, de usufruir os direitos e cumprir os deveres consagrados nas normas jurídicas. Contudo, apesar das garantias contidas nas constituições há a necessidade de uma atuação ativa do cidadão, não muito presente em algumas realidades sociais.

Waltzer (1996, p. 20) entende que a perda da centralidade do ativismo do cidadão tem proporcionado maior fragmentação e complexificação da sociedade civil, principalmente em virtude do pluralismo e multiculturalismo das sociedades contemporâneas, e porque os cidadãos estão mais preocupados com seus interesses individuais. Esta afirmação ratifica a ideia de que não adiantam rebuscadas constituições sem a aplicabilidade concreta das garantias capazes de estabelecer uma sociedade equilibrada, onde a preservação do meio ambiente esteja na ordem do dia e a natureza integrada nesse ambiente; deve ser percebido como um bem da coletividade necessário a todos os seres vivos, e não como um bem privado de alguns privilegiados, alguns destes frequentes exploradores das riquezas naturais.

Para contraporem-se a estes repetidos desvios, os cidadãos devem alavancar a bandeira da cidadania o mais alto possível, extirpando as ma-

zelas praticadas dentro ou fora da Administração Pública, principalmente com o amparo das normas jurídicas. Os cidadãos devem ser os principais dirigentes da democracia, e assumir esta tarefa é, consiste, salienta Cortina (1999), em assumir, como pessoa, a própria autonomia.

Nesse sentido, os programas pedagógicos devem prever, além de outros aspectos, informações sobre os caminhos legais para a promoção, defesa e proteção do meio ambiente, com o fim de melhor formar o jovem de hoje para ser no futuro um adulto consciente de suas responsabilidades ambientais.

2.1 A ação popular como instrumento de efetivação da cidadania

Cuidar do meio ambiente é obrigação prevista no ordenamento jurídico brasileiro e português que preveem instrumentos jurídicos em sua defesa por interferência de órgãos públicos, como o Ministério Público, e dos cidadãos (individuais ou representados por organizações sociais), destacando-se a ação popular, instrumento processual que pode ser utilizado por qualquer cidadão que comprove a cidadania, para refutar atos lesivos ao patrimônio cometidos pelo Poder Público, incluído o meio ambiente, o erário e os valores culturais, artísticos, estéticos, turísticos e paisagísticos.

A ação popular, no Brasil, é regulada pela Lei nº 4.717/1965, e permite ao cidadão, em gozo dos direitos políticos, que comprove a cidadania, requerer, perante o judiciário, a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público (bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico) ou qualquer outro de entidade que participe o Estado, bem como lesão à moralidade administrativa e ao meio ambiente.

Em Portugal, a ação popular está definida no art. 52º, nº 3 da Constituição da República Portuguesa e garante ao cidadão diretamente, ou através de associações, promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do patrimônio cultural; entre outras.

A proteção normativa se concretiza quando o Estado, através de seus órgãos, desempenha as ações compatíveis com sua responsabilidade de proteger o meio ambiente. No caso da Constituição brasileira de 1988, vários artigos demonstram o grau de responsabilidade imposta ao Estado,

em todo o território, de proteger o meio ambiente e combater a poluição; na Constituição portuguesa, de igual teor, em alguns artigos destaca as tarefas do Estado na proteção, valorização e defesa da natureza e do ambiente, bem como a de preservação dos recursos naturais.

Tem-se observado que as normas sobre a matéria não têm sido suficientes para afastar os prejuízos ocasionados pelo homem ao meio ambiente e aos que dele sobrevivem, inclusive o próprio homem. Os motivos são dos mais diversos e variam desde a má gestão pública, a falta de interferência adequada da sociedade, a inadequação da capacidade material e humana dos órgãos públicos, e como ocorre em várias áreas, à maléfica interferência do poder econômico a dilapidar o patrimônio natural em benefício dos interesses do capital em prejuízo da sociedade e do ambiente natural.

2.2 A transparência pública - contributo para a cidadania

A transparência das ações públicas é uma pré-condição para dar conhecimento à sociedade dos assuntos da administração pública, incluindo-se os inerentes ao meio ambiente. Para tanto é preciso possibilitar o acesso aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos públicos como mecanismo de controle e participação social. Esta garantia está prevista na Lei brasileira nº 10.650/2003 e na Lei portuguesa nº 19/2006.

O conhecimento das normas e fatos relativos ao meio ambiente possibilita aos cidadãos exercerem controle e fiscalização dos atos praticados pela administração pública, lhes atribuindo a responsabilidade de protegê-lo. Conhecer para proteger impõe uma postura ativista do cidadão, não de mero espectador. Ademais, as informações repassadas para os cidadãos podem contribuir para a redução de práticas danosas ao ambiente, na medida em que possa influir em suas próprias atitudes perante a natureza.

A transparência dos atos da Administração Pública é uma obrigação imposta pelas normas vigentes. No Brasil, o principal suporte legal está consagrado no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê a publicidade como requisito de validade dos atos praticados pela Administração Pública. O princípio da publicidade, consagrado constitucionalmente, permite ao cidadão requerer, perante a Administração Pública, informações, cópias de documentos e acesso a quaisquer conteúdos de documentos e contratos públicos, exceto outros casos previstos em lei; a obrigação é ratificada na Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003 sobre o

acesso a informações ambientais retidas pelos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente; reafirmada na Lei nº 12.527/2011, que regulamenta o direito de acesso às informações públicas.

O artigo 119º da Constituição da República Portuguesa impõe a publicidade dos atos normativos e de outras naturezas, conforme previsões em leis específicas, para efeito de dar conhecimento a todos interessados. A transparência dos atos públicos é um requisito de ordem jurídica e social indelegável, que refuta, como regra, o sigilo de informações pela administração pública, efeito que fortalece a democracia e fomenta a cidadania. A Lei nº 19/2006, que regula o acesso à informação sobre ambiente, como a lei infraconstitucional brasileira, fornecem garantias cidadãs na defesa e proteção ambientais.

A cidadania quando exercida em favor do meio ambiente interfere diretamente na proteção dos seres vivos e aliado ao conhecimento dos direitos pelos cidadãos, o diálogo amplo sobre os problemas e possíveis soluções ambientais contribuem com resultados positivos, envolve e responsabiliza a sociedade. A fragmentação, a compartimentação e a atomização do saber impossibilitam a união do todo, e atrofiam o conhecimento e a consciência da solidariedade, enquanto, por outro lado, a união promove estes efeitos em contrário (MORIN, 2005). O cidadão isolado não tem poder suficiente para enfrentar as dificuldades e os diversos problemas que afligem a sociedade, entre eles os ambientais, quando, muitas vezes, pugna por um desenvolvimento nem sempre sustentável. Neste sentido, massificar o conhecimento dos direitos dos cidadãos, utilizando-se dos recursos disponíveis, não restritos aos indicados nas normas, mas também provenientes de outras iniciativas governamentais, é tarefa obrigatória de Estados democráticos como o Brasil e Portugal.

As boas práticas de união acompanhadas do conhecimento de direitos e obrigações levam ao fortalecimento da democracia em todos os âmbitos e recompõem gradativamente o sentimento de solidariedade, na medida em que os indivíduos se sentem parte de um todo e, refutam, consequentemente, as práticas prejudiciais ao meio ambiente.

Educar para a cidadania é permitir a ação política capaz de formar uma sociedade responsável pelo mundo que habita, assumindo essa responsabilidade a todo instante (GUIMARÃES, 2000), pois o descanso prolongado sem atitudes eficientes põe em risco as riquezas naturais essenciais à sobrevivência dos seres vivos. Por isso, a sociedade deve participar e contribuir interferindo no contexto da exponencial crise ecológica.

2.3 O acesso ao conteúdo da informação ambiental

A Lei nº 10.650/2003 dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA, independente de justificativa. O interessado pode protocolar o pedido por escrito, devendo comprometer-se a não utilizar as informações para fins comerciais, podendo sofrer sanções civis ou criminais no caso de desobediência, conforme previsão no art. 2º, § 1º da citada norma.

Ao receber a solicitação, o órgão ou entidade pública tem 30 dias para prestar as informações requeridas, no caso de o solicitante não fazer a consulta no próprio órgão, no horário de expediente. Havendo indeferimento do pedido de informação ou consulta a processos administrativos, o cidadão terá o direito, no prazo de 15 dias contados da data da ciência do mesmo, a interpor recurso hierárquico. Quando indeferido o pedido, a autoridade deve motivá-lo para produzir os efeitos legais, e ainda, comunicar ao interessado a decisão por meio de carta ou publicação no Diário Oficial.

A mencionada lei contribui para dar ao cidadão o direito à informação das questões ambientais no Brasil, reforçando os princípios da publicidade e impessoalidade dos atos da administração pública, deixando claro o direito à referida informação quando solicitada perante a Administração Pública. Todavia, o mesmo Estado obrigado a dar publicidade das informações ambientais tem o direito, segundo a norma, de exigir do interessado o recolhimento de valor correspondente ao ressarcimento dos recursos despendidos para o seu fornecimento, de acordo com as tabelas fixadas pelos órgãos dos âmbitos federal, estadual e municipal, conforme previsão contida em seu artigo 9º.

Importante destacar que a norma infraconstitucional restringe o acesso às informações de interesse do cidadão ao arrepio do princípio constitucional da publicidade dos atos públicos em desrespeito à transparência, quando exige o pagamento de valores determinados pelos órgãos e ainda quando somente permite a consulta dos documentos na presença do servidor público responsável por sua guarda. Nesse sentido, apesar de ser uma medida de cautela para resguardar documentos públicos, por outro lado, pode ter o efeito um efeito inibidor.

Antes da publicação da lei em questão o cidadão poderia invocar os citados princípios para obter as informações dos órgãos públicos so-

bre qualquer assunto, inclusive sobre o meio ambiente, exceto os assuntos protegidos pelo sigilo legal. Contudo, por serem princípios constitucionais não apresentam especificidades quanto aos limites dos direitos dos requerentes ou às obrigações dos gestores públicos, uma vez que a norma constitucional “estabelece uma obrigação genérica” (BENJAMIN, 2010, p. 102). A generalidade foi sanada com o advento da Lei nº 10.650/2003 que impõe, textualmente, a obrigação dos órgãos e entidades da Administração Pública permitirem o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob seu poder (art. 2º).

No art. 4º da referida lei brasileira estão descritas as formas de publicidade de determinados assuntos ambientais, descritos de forma exemplificativa e, com base no princípio da publicidade, o Estado deve ampliá-la para alcançar o fim colimado, e não se restringir à publicação no Diário Oficial da União, como acontece, por exemplo, com os licenciamentos autorizados e prorrogados; os autos de infrações e as penalidades atribuídas aos infratores, inclusive as reincidências; os termos de ajustamento de condutas; os recursos interpostos e suas decisões; os estudos de impactos ambientais e os termos de aprovação ou rejeição. A publicidade pelo Diário Oficial está corroborada com a disponibilização obrigatória das mesmas informações também em local onde o público tenha fácil acesso, geralmente nas dependências dos prédios públicos. É de observar-se que por ser reduzido o número de leitores de jornais oficiais, outras formas de dar conhecimento podem e devem ser realizadas em favor da cidadania.

A Constituição da República Portuguesa em seu art. 37º, nºs 1 e 2 declara o direito a todos de informar, de se informar e de ser informados, sem qualquer tipo de impedimento, limitação, discriminação ou censura. Então, qualquer cidadão interessado em informações sobre o meio ambiente ou qualquer outro assunto público, desde que não sigiloso, pode valer-se destas determinações constitucionais.

Para tanto, a Lei nº 19/2006 regula o acesso à informação sobre ambiente, na posse de autoridades públicas ou detida em seu nome e estabelece as condições para seu exercício. Além de garantir o direito de acesso às informações ambientais impõe ao Estado português a obrigação de divulgar essas informações e promover as formas de acesso com uso de tecnologias, independente de solicitação.

O interessado deve protocolar o pedido e aguardar dentro do prazo que varia entre 10 e 30 dias, podendo ser prorrogado até dois meses,

conforme previsões constantes no artigo 9º da citada lei. O pedido pode ser indeferido se a autoridade

de não estiver na posse do documento ou se o processo estiver em andamento; se a divulgação dessa informação prejudicar a confidencialidade das informações, as relações internacionais, a segurança pública, a defesa nacional, o segredo de justiça, devendo motivar as solicitações indeferidas (art. 11º); o indeferimento total ou parcial do pedido de informação obriga a notificação do requerente no prazo de 10 dias do registro do pedido, podendo exercer o direito de impugnação ao indeferimento.

O interessado poderá ter acesso a alguns documentos sem a necessidade de pagamento, mas as autoridades públicas podem cobrar pelo fornecimento de informação sobre o ambiente, nos termos do art. 12º/nº 2 da Lei n.º 65/93 com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 8/95 e 94/99. Importante destacar que algumas organizações não governamentais de ambiente podem ter uma redução de 50% no pagamento dessas taxas. A tabela de valores, redução e dispensa de pagamento deve ser divulgada pela autoridade pública.

A Lei n.º 46/2007, reflexa da Diretiva n.º 2003/98/CE regula o acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização. A citada norma nacional assegura o acesso dos cidadãos aos documentos públicos em cumprimento aos princípios da publicidade, da transparência, da igualdade, da justiça e da imparcialidade (artigo 1º), sem prejuízo das garantias ao acesso à informação em matéria de ambiente. O interessado, conforme o artigo 5º, não precisa motivar e ainda poderá escolher a forma de acesso, se por consulta, reprodução ou simplesmente pedido de informação.

3 OPORTUNIDADES PARA UMA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

A educação deve focar o desenvolvimento sustentável - ao menos em sua possibilidade local - o que exige mudança de valores, num mundo onde as práticas dos homens estejam condizentes com as necessidades dos seres vivos, ou seja, as práticas de educação ambiental devem possibilitar a formação de cidadãos comprometidos com a questão da qualidade ambiental (GUIMARÃES, 2000). Um desenvolvimento fundado na “sustentabilidade ambiental do crescimento e da melhoria da qualidade de vida” (VEIGA, 2010, p. 187).

Assim, promover uma educação ambiental reflexiva exige a consecução de projetos políticos construídos dentro e fora dos espaços públi-

cos. Envolver associações de pais, centros acadêmicos, organizações de professores de diversos níveis, associações de bairros, sindicatos de trabalhadores, entre outras organizações, podem contribuir para fortalecer os processos de construção de uma consciência ecológica. Educar para a sustentabilidade movimenta interesses, inclusive os econômicos favoráveis ou contrários à preservação, conservação e/ou recuperação do meio ambiente, ou seja, “transforma a ordem econômica, política e cultural, o que é impensável sem uma transformação das consciências e comportamentos das pessoas” (LEFF, 2013, p. 237).

Os diversos encontros promovidos por organizações internacionais com a participação de vários Estados trazem ideias sobre políticas públicas relevantes para a educação ambiental, as quais podem e devem ser executadas com a contribuição e iniciativas da sociedade civil.

Alguns projetos realizados com o intuito de elevar o nível de consciência da população sobre o meio ambiente são realizados no Brasil e em Portugal, tanto por iniciativas públicas ou privadas com apoio público.

Nessa seara, pode-se mencionar a ONG Ramudá (Ramos que Brotam em Tempos de Mudança), organização civil sem fins lucrativos, instalada no Brasil, cuja missão é promover, através dos projetos e atividades, a educação ambiental e valores de desenvolvimento sustentável. Entre as atividades, a oficina de bioconstrução, que visa disseminar conhecimentos sobre técnicas de construção com materiais para contribuir em processos de reforma e melhorias das condições de prédios residenciais, buscando informar sobre técnicas relacionadas com materiais de baixo custo. Essa iniciativa visa ampliar as discussões e conhecimentos voltados ao equilíbrio socioambiental na construção de residências com matérias-primas e processos de produção sem ou menores impactos ambientais. Declara a ONG que o setor da construção civil é um dos maiores causadores de “impactos no meio ambiente, devido seu alto consumo de materiais, energia e alta geração de resíduos”.⁹

Também, o Projeto de educação ambiental Aprendendo com a Natureza¹⁰, desenvolvido pela empresa PHILIPS do Brasil, tem o objetivo de repassar para a sociedade, em especial para as crianças, a importância em preservar o meio ambiente e conviver em harmonia com o

9 Ramudá, s/d. Disponível em: <<http://ongramuda.blogspot.com.br/2011/06/ong-ramuda-promove-oficina-de.html>>. Acesso em: 17 nov. 16.

10 PHILLIPS, s/d. Disponível em: <http://www.sustentabilidade.philips.com.br/aprendendo_natureza.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

ecossistema. Entre as várias ações, a empresa criou o selo dos produtos verdes, identificados por um logotipo que, segundo dados da empresa, vêm aumentando as vendas a cada ano, destacando-se a área de iluminação, que registrou 46% de vendas de Produtos Verdes, seguida de Cuidados com a Saúde, com 9,26% e Consumo e Estilo de Vida, com 0,34. O referido programa foi criado em 2002 e está concentrado em escolas públicas do ensino fundamental nas cidades onde a empresa possui indústrias: Mauá (SP), Varginha (MG), Recife (PE) e Manaus (AM), além de ter o reconhecimento pelo Ministério da Educação e Cultura e Unesco.

Ademais, o Programa Bandeira Azul da Europa¹¹, desenvolvido pela Associação Bandeira Azul da Europa desde 1987, com o apoio da Comissão Europeia, cujo objetivo é elevar o grau de conscientização dos cidadãos quanto à urgente necessidade de proteger o ambiente marinho e costeiro e fomentar iniciativas capazes de solucionar os problemas enfrentados em áreas ambientais: praias, portos, recreios e embarcações de recreio. Este projeto é reconhecido pelo PNUMA e tem perspectivas de ser desenvolvido em outros continentes. Em Portugal o programa toma por base os critérios estabelecidos pelo “Júri Nacional da Bandeira Azul para as praias - JBAP”, que inclui entidades da administração pública, central e regional, bem como organizações não governamentais e desde 1987 tem produzido bons resultados em Portugal.

Os exemplos demonstram práticas realizadas por organizações da sociedade civil e também pelo Estado, por ação direta ou indireta. Os projetos realizados pelas organizações civis envolvem a sociedade e possibilitam uma integração entre pessoas de diversas idades, sem a intervenção do Estado, outros, são executados por essas organizações e o Estado atua como regulador, fomentador e financiador das ações, impondo determinados padrões, regras e indicações a serem seguidas. Independentemente de haver ou não parceria, sem dúvida, a execução de iniciativas educativas com foco no meio ambiente contribui, direta ou indiretamente, para chamar a atenção sobre a prática de desenvolvimento sustentável e, conseqüentemente, criar condições para a efetividade do direito a um meio ambiente equilibrado.

As formas de educação ambiental são das mais diversas e exigem uma ação coletiva da sociedade e do Estado para a dificultosa implementação do desenvolvimento sustentável. Estas ações devem ser realizadas pela escola, família, associações, sindicatos, organizações civis sem fins

11 Fondation for Environmental Education (FEE), s/d. Disponível em: <<http://www.bandeiraazul.org.br/>>. Acesso em: 23 fev. 1016.

lucrativos em geral, órgãos públicos e pelo próprio cidadão, numa ação coletiva global e contínua.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento, equilibrado, é imprescindível para a humanidade. Novas descobertas e demais ações responsáveis por melhorar a qualidade de vida das pessoas não podem ser impedidas e devem acontecer de forma sustentável, em respeito ao meio ambiente, à equidade social e à economia eficiente, promovendo-se medidas preventivas e corretivas por iniciativa e envolvimento do Estado e dos cidadãos.

As mudanças necessárias às boas práticas favoráveis ao ambiente saudável e equilibrado obrigam a realização de programas contínuos de educação ambiental dentro e fora da escola.

Apesar das legislações educacionais tratarem sobre o meio ambiente é preciso clareza de conteúdos, métodos e objetivos pedagógicos em todos os níveis de ensino como requisito indispensável à avaliação de resultados pelo Ministério da Educação de cada país.

A inserção da educação ambiental como conteúdo obrigatório nas escolas de Portugal e do Brasil necessita contundência, com programas e métodos objetivos, sobretudo executáveis tal como acontece com outras disciplinas: matemática, biologia, português, história, etc. É importante conscientizar a sociedade como utilizar o meio ambiente de forma a não o prejudicar, tanto quanto compreende a função da matemática para o dia a dia de todos.

As tutelas fundamentais dos direitos individuais, coletivos e difusos estão positivadas nas principais normas de direito público, mas é preciso massificar as informações, como uma das funções da educação ambiental e para fortalecer a cidadania.

Muitos casos impedem de se particularizar as responsabilidades em relação à proteção ambiental, considerando que muitas ações prejudiciais ao meio ambiente, independentemente do local onde inicialmente tenham sido realizadas, podem ocasionar problemas ambientais em longas distâncias. Portanto, fortalecer uma cidadania globalizada, ou seja, ações dos cidadãos e entidades realizadas na defesa e contra os danos ao meio ambiente, deve ser exponencialmente praticada, criando espaços para a eficácia e fortalecimento do almejado desenvolvimento sustentável.

A educação ambiental transdisciplinar, em resposta à crise am-

biental, apresenta-se como um dos instrumentos de transformação social indispensável a uma transformação inclusiva, ambientalmente equilibrada e economicamente eficiente; pode constituir-se em primoroso instrumento de edificação do objetivo, princípio, paradigma do desenvolvimento sustentável e, conseqüentemente, de realização do direito a um meio ambiente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da união europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constitucionalização brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. SECRETARIA DE EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL. *Parâmetros Curriculares Nacionais. Terceiro e Quarto Ciclos do Ensino Fundamental. Educação Física*, 1998. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/fisica.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

CORTINA, Adela. *Los ciudadanos como protagonistas*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DIREÇÃO GERAL DA EDUCAÇÃO. *Educação ambiental para a sustentabilidade*, s/d. Disponível em: <<http://www.dge.mec.pt/educacao-ambiental-para-sustentabilidade>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

FONDATION FOR ENVIRONMENTAL EDUCATION (FEE). *Programa Bandeira Azul*, s/d. Disponível em: <<http://www.bandeiraazul.org.br/>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

GADOTTI, Moacir. *Educar para a sustentabilidade: uma contribuição à década da educação para o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Editora e Livraria Instituto Paulo Freire, 2008.

GONZALEZ-GAUDIANO, Edgar. *Educação ambiental*. Lisboa: Instituto

Piaget, 2005.

GUIMARÃES, Mauro. *Educação ambiental: no consenso um embate?* Campinas-SP: Papirus, 2000.

LEFF, Henrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 10ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

MEC. SECRETARIA DE EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL. *Programa Parâmetros em Ação Meio Ambiente na Escola*, 2001. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/coea/CadernoApresentacao.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

MEC. *Parâmetros Curriculares Nacionais Ensino Médio*, 2000. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/blegais.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

MMA. SECRETARIA DE ARTICULAÇÃO INSTITUCIONAL E CIDADANIA AMBIENTAL. DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL. *Educação ambiental. Por um Brasil Sustentável*, 2014. Disponível em <<file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/pronea4.pdf>> . Acesso em: 10 fev. 2016.

MORIN, Edgar. *O método: ética*. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4ª Ed. Porto Alegre: Sulina, 2001.

PHILIPS. *Aprendendo com a Natureza*, s/d. Disponível em: <http://www.sustentabilidade.philips.com.br/aprendendo_natureza.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

PINTO, Joaquim Ramos. A educação ambiental: raízes, influências, protagonistas e principais ações. *Rev. Educação, Sociedade & Culturas (ESC)*. Nº 1. Centro de Investigação e Intervenção Educativas da Universidade do Porto. Porto: Edições Afrontamento, 2004.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE (PNUMA); FUNDO MUNDIAL DA NATUREZA (WWF); UNIÃO INTERNACIONAL PARA A CONSERVAÇÃO DA NATUREZA (UICN). *Caring for the Earth: a strategy for sustainable living*, 1991. Disponível em: <<https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/CFE-003.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

RAMUDÁ. *Ramos que brotam em tempos de Mudança*, s/d. Disponível em: <<http://ongramuda.blogspot.com.br/2011/06/ong-ramuda-promove-oficina-de.html>>. Acesso em: 17 nov. 16.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; DERANI, Cristiane. Educação ambiental: o direito, caminho para a consciência ambiental. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Fortaleza: Premium, 2013.

RUIZ, José Juste. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Madrid: Mac-Graw-Hill, 1999.

TAZONI-REIS, Marília Freitas de Campos. *Educação ambiental: natureza, razão e história*. Campinas: Autores Associados, 2004.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável. O desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

WALZER, Michael. *Citizenship in a changing society*. Lisboa: Fundação Luso-Americana para o desenvolvimento, 1996.

Artigo recebido em: 06/09/2016.

Artigo aceito em: 28/11/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

SILVA, Maria Anaber Melo e; BERTOLDI, Marcia Rodrigues. Educação ambiental para a cidadania, instrumento de realização do direito a um meio ambiente equilibrado no Brasil e em Portugal. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 293-314, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/882>>. Acesso em: dia mês. ano.

UM LIMITE TEMPORAL PARA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: AS ANÁLISES ECONÔMICA E COMPORTAMENTAL DO DIREITO E A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Benjamin Miranda Tabak

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)
Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu
em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB).
Consultor legislativo do Senado Federal.
Email: benjaminm.tabak@gmail.com

Paulo Sérgio Ferreira Filho

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB).
Procurador da República.
Email: paulinhosff@gmail.com

RESUMO

O artigo fixa o marco temporal adequado que deve limitar a possibilidade de regularização fundiária urbana em áreas de preservação permanente, prevista no Novo Código Florestal, percorrendo, para tanto, análises normativa, econômica e comportamental das normas jurídicas pertinentes. Assim, primeiramente, delineiam-se os princípios que influenciam a interpretação das normas ambientais e o quadro de evolução legislativa acerca do tema, buscando aplicar a tradicional abordagem sobre o tema. Após, ampliando-se a abordagem, com foco nos efeitos concretos esperados da aplicação da norma ou de determinada interpretação, utiliza-se a análise econômica, trabalhando-se a ideia de incentivos e dos conceitos de cheap talk e risco moral. Por fim, a análise comportamental, lastreada no behaviorismo, dá o substrato teórico para relacionar as diferentes interpretações normativas e como estas influenciam o comportamento das pessoas atingidas, buscando-se a adequada proteção ao meio ambiente. Desse modo, a combinação de tais referenciais teóricos possibilita vislumbrar qual o marco temporal que melhor concilia a proteção ao meio ambiente, mitigando risco de

novas degradações oriundas do processo de ocupação irregular, com a concessão de maior segurança jurídica às pessoas que hoje ocupam áreas não edificáveis.

Palavras-chave: Regularização fundiária urbana; Áreas de preservação permanente; Marco temporal legal; Cheap talk; Behaviorismo radical.

A TIME LIMIT FOR THE URBAN LAND REGULARIZATION IN PERMANENT PRESERVATION AREAS: THE ECONOMIC AND BEHAVIORAL ANALYZES OF LAW AND THE ENVIROMENTAL PROTECTION

ABSTRACT

This article sets the timeframe that limits the possibility of urban land regularization in areas of permanent preservation, established by Brazilian environmental law, traveling, therefore, normative, economic and behavioral analyzes of the relevant legal standards. First, is delineated the principles that influence the interpretation of environmental standards and the legislative developments frame on the subject. After, expanding up approach, focusing on specific expected effects from the application of the legislation, it uses economic analysis, working up the idea of incentives and the concepts of cheap talk and moral hazard. Finally, behavioral analysis, based on radical behaviorism, gives the theoretical basis for linking the different normative interpretations and how they influence the behavior of those who are affected, seeking the adequate protection of the environment. Thus, the combination of such theoretical references allows catch a glimpse of what is the legal timeframe that best conciliates environmental protection, mitigating the risk of further degradation arising from the illegal occupation process, with the granting of greater legal certainty to those who now occupy not buildable areas.

Keywords: Urban land regularization; Permanent preservation areas; Legal timeframe; Cheap talk; Radical behaviorism.

INTRODUÇÃO

Com a edição do Novo Código Florestal (Lei 12.651/2012), após intensas discussões no parlamento brasileiro, o legislador pátrio previu novas políticas públicas para a preservação do meio ambiente e sua compatibilização com as atividades antrópicas já desenvolvidas, flexibilizando o dever de recuperação de áreas de preservação permanente (APP) em propriedades rurais e urbanas.

A Lei nº 12.651/2012 trouxe dois instrumentos voltados para os assentamentos urbanos em seus artigos 64 e 65, quais sejam, a regularização de interesse social e a de interesse específico, cada um com características próprias. O legislador busca, dessa forma, trazer uma maior garantia para milhares de pessoas que ocupam, residem e constroem suas vidas em áreas que, por lei, não são edificáveis, mas que, por omissão do estado e disseminação de tal prática entre a população, passaram a conter parte significativa dos núcleos urbanos.

Porém, uma importante questão, que não contou com previsão expressa do legislador, é o marco temporal para a aplicação de tais normas, o que pode ampliar ou reduzir o total de áreas regularizáveis. Uma análise meramente dogmática poderia apontar o marco temporal adequado, porém os reflexos de tal construção seriam totalmente desconhecidos, o que poderia suprimir por completo o intuito da norma de compatibilizar a regularização de áreas urbanas com a máxima proteção ao meio ambiente.

O artigo busca analisar, sob o ponto de vista das análises econômica e comportamental do Direito, quais os efeitos de se definir o marco legal para a limitação da regra que permite a regularização fundiária urbana, demonstrando qual seria a decisão mais adequada aos princípios norteadores do Direito Ambiental.

A metodologia adotada será a revisão teórica de conceitos jurídicos tradicionalmente aplicados na interpretação das normas, cujas conclusões serão reapreciadas sob a ótica das análises econômica e comportamental, buscando-se fundamentos em conceitos teóricos dessas novas vertentes, bem como em dados empíricos e experimentais que estudos lastreados nas abordagens econômica ou comportamental obtiveram, os quais ajudarão a iluminar o problema enfrentado por este artigo fora de uma abordagem jurídica meramente dogmática.

Para tanto, na seção 1 do presente artigo, será realizada uma análise normativa, apontando-se os princípios que regem o Direito ambiental e

a evolução legislativa do tema. Na seção 2, as possibilidades legais de interpretação serão debatidas sob a perspectiva da análise econômica do Direito (aprofundando-se no conceito de *cheap talk*) e, na seção 3, em uma análise comportamental (utilizando-se uma abordagem behaviorista radical).

Ao fim, conclui-se que, diante do arcabouço normativo e da análise principiológica realizada, bem como as convergências apontadas pelas análises econômica e comportamental, a fixação do marco temporal (no qual as áreas urbanas já deveriam estar consolidadas), que possibilitaria a regularização fundiária urbana das áreas de preservação permanente, mais adequado seria a data de entrada da vigência da Lei nº 12.651/2012, qual seja, dia 28/05/2012, desde que se passe a implementar uma efetiva fiscalização e punição das novas construções irregulares.

1 UMA ANÁLISE NORMATIVA

Antes de se adentrar numa análise econômica ou em uma comportamental das normas, é preciso traçar um esboço da situação normativa encontrada, a fim de que se possa compreender e encontrar uma melhor solução para a questão apresentada.

1.1 Princípios do Direito Ambiental

As políticas públicas voltadas ao meio ambiente possuem algumas peculiaridades em relação às demais. A preservação do meio ambiente envolve, primeiramente, direitos difusos, ou seja, direitos que pertencem a toda sociedade e não a indivíduos ou grupos de indivíduos.

Ademais, o meio ambiente equilibrado e sadio é condição necessária para a sobrevivência e desenvolvimento da própria espécie humana. Portanto, trata-se de uma questão de primordial importância, pois, sem as condições mínimas de meio ambiente para se usufruir de uma vida digna, todos os demais direitos individuais e coletivos sucumbirão, perdendo-se a razão de existir do próprio Direito e da ideia de humanidade.

Atentando-se a essa questão fundamental, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), foi inaugurada uma nova ordem normativa que ampliou, de forma significativa, a proteção ao meio ambiente, refletindo os anseios das sociedades brasileira

e internacional.

No art. 225 da CRFB/88, ficou expressamente consignado que todos têm o direito ao meio ambiente equilibrado, o qual é bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida das presentes e futuras gerações, impondo ao Estado e à coletividade o dever de protegê-lo. A nova ordem constitucional lançou a pedra fundamental de um novo marco normativo protetivo ao meio ambiente, munindo o Estado do dever de defendê-lo e concedendo-lhe poderes e instrumentos eficientes para tanto.

Uma primeira decorrência lógica da constitucionalização de um direito ao meio ambiente equilibrado e sadio foi alçá-lo à condição de direito humano fundamental, o que o transforma num princípio do qual derivam todos os demais princípios e regras que regem o Direito Ambiental pátrio (ANTUNES, 2012, p. 20-23).

Outrossim, criou-se uma espécie de solidariedade intergeracional (verdadeiro princípio), cabendo às presentes gerações conservar o meio ambiente equilibrado e sadio não somente para garantir a qualidade de vida atual, mas permitindo o sadio desenvolvimento das gerações que ainda vão habitar o país (MILARÉ, 2014, 261-262).

Há a obrigatoriedade de um atuar ético das presentes gerações, que devem tomar atitudes responsáveis para a preservação do meio ambiente e desenvolvimento sustentável, consciente de que as futuras gerações, apesar de não possuírem capacidade de influir nas decisões presentes, são as que serão afetadas em maior escala pelos erros e acertos cometidos (MACHADO, 2004, p. 51).

Contudo, isso não importa numa vedação ao desenvolvimento econômico da humanidade. A concepção mais moderna importa num princípio do desenvolvimento sustentável, no qual deve-se compatibilizar o desenvolvimento econômico com a proteção ao meio ambiente, permitindo o progresso da humanidade sem pôr em risco a sua sobrevivência pelo esgotamento dos recursos naturais (ANTUNES, 2012, p. 25).

Diante da necessidade do desenvolvimento econômico sustentável, outros dois princípios ganham enorme importância na interpretação das normas ambientais. Os princípios da prevenção e da precaução são primordiais para que se entenda a ótica sob a qual o Direito Ambiental enxerga os fatos, visando sempre a máxima proteção ao meio ambiente, conciliada com o desenvolvimento sustentável.

Diante da primazia da posição do desenvolvimento sustentável, a qual foi reforçada pela declaração do Rio de 1992, em detrimento da

corrente puramente preservacionista, cabe ao Direito Ambiental interagir com os agentes econômicos, possibilitando o desenvolvimento em conjunto com o menor impacto ambiental possível.

Para tanto, deve-se procurar antever os riscos da atividade econômica a ser empreendida, a fim de anulá-los ou, não sendo possível, ao menos mitigá-los. Nesse diapasão, o princípio da prevenção determina que, antes da realização das atividades possivelmente poluidoras, deve-se adotar todas as medidas possíveis para delimitar os riscos existentes, bem como as medidas mitigadoras que sejam possíveis de serem realizadas (MILARÉ, 2014, p. 265-266; FIORILLO, 2006, p. 39-41).

Os impactos dos danos ambientais, quando não irreversíveis, levam muitos anos para serem reparados, motivo que obriga que todos os agentes tenham prudência em seus atos, zelando pela qualidade do meio ambiente em que se vive. O Direito Ambiental moderno não admite a convivência com impulsos e rompantes de quem quer que seja. Todas as atividades devem ser minuciosamente calculadas, racionalizando-se a atividade econômica em prol da preservação do meio ambiente.

Ao se antever os riscos de uma atividade por meio de estudos eficazes, deve a coletividade e, principalmente, o Estado adotar as medidas mais benéficas ao meio ambiente, dotando-se dos cuidados necessários na interpretação das normas e na implementação das políticas públicas, não se limitando este princípio, portanto, à análise realizada em licenciamentos ambientais.

É de fácil percepção que qualquer atividade humana, por mais simples que seja, possui impacto sobre o ambiente. É da natureza do ser humano interagir e modificar o meio em que vive, sendo este um processo natural, impossível de ser evitado.

Todavia, ao se racionalizar os riscos, poderá se chegar à conclusão de que determinada atividade, pelo seu alto grau de danosidade, trará mais prejuízos do que benefícios à coletividade. Por outro lado, prevendo-se medidas mitigadoras, um projeto que se mostra altamente impactante poderá possuir um bom custo-benefício para a comunidade.

O fato é que a sociedade hodierna possui plena consciência da importância do meio ambiente sadio e equilibrado para a própria sobrevivência do homem e, com base nesta visão antropocêntrica, não admite que grandes impactos ao ambiente sejam impostos de forma imprudente, com o fim de enriquecer unicamente os detentores do capital.

O princípio da prevenção impõe, portanto, uma antevisão dos

riscos tanto de uma atividade, quanto da edição de uma norma ambiental ou até mesmo de sua interpretação, possibilitando que haja o desenvolvimento sustentável da sociedade, conciliando o direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente equilibrado.

Já o princípio da precaução deve ser invocado para aquelas situações onde não é possível antever quais são os riscos inerentes à atividade (MACHADO, 2004, p. 55-60). Diante do desconhecimento dos efeitos da atividade potencialmente poluidora, deve prevalecer o direito à defesa e preservação do meio ambiente, tendo em vista que os danos ambientais são de difícil reparação, não podendo a sociedade correr o risco de que danos ambientais sejam praticados em detrimento das presentes e futuras gerações.

Diante de tal incógnita, a opção razoável é pela não adoção das medidas possivelmente impactantes ou, ao menos, uma postura conservadora na hora da interpretação das normas jurídicas e implementação das políticas públicas, devendo tal postura ser mantida até que o agente reúna condições suficientes de delinear os principais riscos de sua atividade, evitando a ocorrência de danos até então desconhecidos.

Na sociedade contemporânea, o princípio da precaução ganha ainda mais importância. O rápido desenvolvimento tecnológico que se vivencia gera a criação de inúmeras inovações e, conseqüentemente, de novos riscos, sendo que alguns ainda não são passíveis de previsão. Já em 1992, os países participantes da Conferência da ONU emitiram tal entendimento, conforme o princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Cabe salientar que tanto o princípio da prevenção quanto o da precaução foram inseridos na Política Nacional do Meio Ambiente, nos termos do art. 4º, VI, da Lei 6938/81, reflexo direto da norma constitucional encontrada no art. 225, *caput*, da CRFB/88.

Pode-se falar, dessa forma, num verdadeiro princípio do equilíbrio, pelo qual os responsáveis pelas políticas públicas devem, ao decidir pela adoção de determinada medida, buscar a solução que traga maior utilidade à sociedade, sem que isso acarrete em excessivos gravames ao meio ambiente (ANTUNES, 2005. p. 49).

Com base nos princípios acima delineados, percebe-se que o hermenêuta, ao analisar uma norma jurídica que delineará certa política pública, deverá agir com equilíbrio, prudência e ética, a fim de não comprometer a qualidade do meio ambiente.

Dessa forma, ao se adentrar no objeto deste artigo (o marco temporal apropriado para a regularização fundiária urbana), deve-se tentar antever quais as implicações concretas das diferentes interpretações, adotando-se aquela que propicia o reconhecimento dos direitos sociais, de moradia e segurança jurídica, desde que permita o desenvolvimento sustentável e a máxima proteção possível ao meio ambiente, atentando-se para a importância do resguardo das áreas de preservação permanente nas cidades, que não só evitam danos ao meio ambiente, mas também riscos à saúde e integridade física daqueles que ocupam tais áreas (NALINI, 2012, p. 200-201).

1.2 As Possibilidades Legais de Estabelecimento do Marco Temporário

A Lei nº 12.651/2012, ao introduzir os arts. 64 e 65 no Código Florestal permitiu a regularização de ocupações irregulares em áreas urbanas, sem, contudo, estabelecer um limite temporal que delimitasse quais as construções que seriam passíveis de regularização.

Tal omissão pode gerar diferentes interpretações, devendo-se resgatar as normas que disciplinavam o tema antes da edição da referida inovação legislativa. A Resolução CONAMA nº 369/2006, apesar de seu caráter infralegal, trouxe a hipótese, em seu art. 2º, II, *c*, de regularização fundiária sustentável de área urbana localizada em áreas de preservação permanente, desde que existisse interesse social.

O art. 9º da referida resolução somente permitia a regularização das áreas predominantemente de baixa renda ou localizadas em Zonas Especiais de Interesse Social, definidas no plano diretor ou legislação municipal, desde que estivessem contempladas com uma infraestrutura urbana mínima e situadas em apenas algumas das espécies de APP existentes. Porém, a referida resolução somente permitiu a regularização de construções consolidadas até 10 de julho de 2001 (art. 9º, inciso V).

Posteriormente, a Lei nº 11.977/2009 (Lei do Minha Casa Minha Vida) trouxe previsão de ordem legal permitindo a regularização das APPs urbanas. A referida lei, em seu art. 54, §1º, somente permitiu a regularização fundiária urbana em áreas de interesse social (predominantemente de baixa renda), desde que as áreas estivessem consolidadas até 31 de dezembro de 2007.

Por fim, como já ressaltado, a Lei nº 12.651/2012 previu a possibilidade de regularização de áreas de interesse social e também as de

interesse específico (não consideradas de baixa renda), ampliando os tipos de áreas passíveis de regularização, não havendo, também, restrição em relação à espécie de APP ocupada. Contudo, a nova legislação, atualmente vigente, não fixou expressamente um marco temporal que limitasse a sua aplicação, apenas remetendo à Lei nº 11.977/2009 acerca da forma do projeto de regularização fundiária a ser elaborado (arts. 64 e 65).

Diante de tal quadro normativo, percebe-se que o primeiro marco definido pela Resolução CONAMA nº 369/2006 (10 de julho de 2001) foi revogado pela edição da Lei nº 11.977/2009, que permitiu a regularização de áreas consolidadas até 31 de dezembro de 2007. Porém, com o tratamento da matéria por lei superveniente (Lei nº 12.651/2012), tal marco normativo deixou de prevalecer expressamente. Isso porque, como já ressaltado, a nova lei foi omissa, devendo ser corretamente interpretada.

Uma das possibilidades de interpretação é que, diante da omissão e da remessa à Lei nº 11.977/2009 para tratamento das questões relativas ao projeto de regularização, a nova lei teria mantido o marco temporal imposto anteriormente (31 de dezembro de 2007), diante de sua aplicação subsidiária. Contudo, a interpretação da norma, diante de sua redação, leva a crer que a remissão à lei anterior somente se fez no tocante aos requisitos e forma do projeto de regularização, tendo o Novo Código Florestal esgotado a questão material dos requisitos para a regularização, sendo omissa de forma proposital, a fim de não prever mais aquele marco temporal.

Tal entendimento pode ser corroborado pelo fato de o legislador, ao tratar da regularização das áreas rurais, ter fixado expressamente um limite temporal para a consolidação das intervenções em APP, conforme art. 3º, IV, da Lei nº 12.651/2012. Ademais, diante da manutenção da quase totalidade dos requisitos já existentes à época da Lei nº 11.977/2009 (que tratava apenas das áreas de interesse social), não haveria razão para a edição legislativa de igual norma, sem que a intenção fosse estendê-la a um maior número de beneficiários.

Dessa forma, poderia se aventar mais dois marcos temporais possíveis. A data da entrada em vigência da norma (28/05/2012) e uma data futura indefinida, por completa ausência de previsão normativa expressa, ficando a cargo da autoridade municipal, ao realizar um projeto de regularização, especificar as áreas consolidadas na data da realização dos estudos necessários.

A análise principiológica acima realizada indica que se deve adotar, dentre as interpretações possíveis, aquela que melhor proteja o

meio ambiente, ao mesmo tempo em que garanta a melhoria da qualidade de vida do maior número de cidadãos possíveis (especialmente nas áreas de interesse social). Porém, uma análise puramente normativa pode esconder algumas armadilhas, razão pela qual, antes de se compreender qual é a melhor interpretação normativa, se fará uma análise econômica e uma comportamental da norma.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DA NORMA

Um dos custos da política pública de regularização fundiária urbana em áreas de preservação permanente, este não tão fácil de vislumbrar como custo financeiro, é o de se abonar um comportamento ilícito anterior, o que pode acarretar em um desgaste da reputação do Estado como agente fiscalizador e repressor de comportamentos contrários à lei.

A supressão de vegetação em áreas de preservação permanente constitui, sob a ótica do art. 225, §3º, da CRFB/88 e dos arts. 38, 39, 48 e 70 da Lei nº 9.605/98, um ilícito civil, administrativo e criminal. O Estado, portanto, tem o dever de fiscalizar, evitar e punir a prática de tal conduta, exigindo-se a recuperação das áreas degradadas (inclusive com a demolição das construções), aplicar multas administrativas, embargar construções, interditar atividades comerciais realizadas em tais áreas e perseguir criminalmente e aplicar as sanções criminais cabíveis.

Contudo, tendo em vista a omissão do Estado por décadas, nenhuma dessas medidas foi adotada para coibir a ocupação irregular das APPs, o que, aliado à falta de uma política habitacional sólida, culminou na ocupação em massa de áreas não edificáveis. Diante da situação fática encontrada, totalmente contrária à lei, sendo impossível a adoção, no presente momento, das medidas sancionatórias anteriormente cabíveis (tendo em vista a explosão demográfica nas áreas ambientalmente protegidas), o Estado entendeu que a única política pública cabível seria a regularização de tais áreas.

Contudo, ao se deixar de punir as condutas ilícitas e, pelo contrário, trazer benefícios às pessoas que cometeram as infrações legais, tal ato pode sinalizar aos cidadãos como um incentivo para a invasão e construção em outras áreas com proibição de edificação, a exemplo das APPs. De certo, tal incentivo não é desejado pelo Estado, sob pena de ter de enfrentar um movimento cíclico no qual cada regularização importará numa nova onda de invasões, gerando uma nova e necessária etapa de

regularização fundiária, com todos os custos inerentes a esta.

As pessoas possuem um viés comportamental de hipervalorizar os benefícios de curto prazo e postergar os benefícios de longo prazo. Desse modo, pensa-se somente num local para a nova moradia (tendo em vista a dificuldade social de obter-se um imóvel regular), esquecendo-se que, em longo prazo, a ocupação sistemática de áreas de preservação permanente importará no deterioramento do meio ambiente, comprometendo-se o desenvolvimento sustentável e a própria qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Tal fenômeno se chama taxa de desconto hiperbólica (WINKLER, 2005; KARP, 2004; REVESZ; LIVERMORE, 2008).

Assim, o legislador, por diversas vezes, impôs um marco temporal pretérito à vigência da norma para limitar a possibilidade de regularização. Isso porque, a adoção de um marco futuro criaria um incentivo para as pessoas ocuparem novas áreas, antevendo que seria possível, posteriormente, regularizá-las.

Uma análise econômica encara o homem como um ser racional (Teoria da Escolha Racional), o qual realiza uma análise de custo-benefício para as suas escolhas (COOTER; ULEN, 2010, 35-45). Dessa maneira, a possibilidade de ocupar uma área, hoje não passível de edificação, mas com uma possibilidade legal de regularização futura, traria claramente um desequilíbrio na balança em favor dos benefícios de uma transgressão legal, ainda mais pelo fato de as pessoas, caracteristicamente, possuírem taxas de desconto hiperbólicas, valorizando exageradamente benefícios de curto prazo e desconsiderando o real valor de altos custos que somente serão sentidos no longo prazo (TABAK, 2015, p. 330).

Deve-se descartar, portanto, a adoção de um marco temporal futuro, o qual seria extremamente prejudicial ao meio ambiente, pois ocasionaria uma corrida por edificações em áreas de preservação permanente ao se antever a possibilidade de legalizá-las. O marco normativo deve ser, portanto, no mínimo concomitante à vigência da lei, deixando-se claro que qualquer construção realizada após a vigência desta será devidamente demolida e o responsável sancionado.

2.1 O Conceito de *Cheap Talk* e a Importância da Repressão às Novas Ocupações

A adoção de um simples marco temporal efetivo não inibirá, porém, que as pessoas continuem a ocupar áreas não edificáveis, pois

permanecerá a esperança de que um dia vejam a sua situação regularizada pelo Estado. O abono de um ilícito pretérito pode fazer surgir nas pessoas a esperança de que novamente, num futuro próximo, iguais comportamentos sejam relevados pelo Estado. Dessa forma, podem ignorar a previsão legal (a qual afirma que novas ocupações não serão mais toleradas), apostando numa eventual e futura regularização de novas áreas, com um novo marco temporal.

Tal interpretação está realmente pautada na realidade. Conforme narrado na seção anterior, ao menos dois marcos temporais já foram ignorados pelo legislador, que previu, sucessivamente, novas regularizações fundiárias com limites de tempo mais abrangentes.

A conduta de se deixar de punir efetivamente um ilícito e prometer severa punição para atos semelhantes futuros constitui *cheap talk* (algo que pode ser traduzido como papo furado). *Cheap talk* seria uma espécie de conversa, com a realização de promessas não vinculantes, sem a possibilidade de grande desenvolvimento das tratativas. Ou seja, se aproxima muito de promessas vazias, de manifestação de intenções sem a menor condição de se aferir se estas serão realmente levadas a cabo (SALLY, 2005, p. 250-252). Sally (2005), ao experimentar modelos que medem a influência do *cheap talk*, chega à conclusão de que a realização de promessas vagas não vinculantes influencia muito pouco a tomada de decisões das pessoas.

Bracht e Feltovich (2009, p. 1036-1038), com o fim de testar a eficácia de tratativas verbais rápidas e não vinculantes na tomada de decisões racionais, criaram um experimento, aplicando a grupos de voluntários uma espécie de jogo¹ conhecida como *trust game*.

Tal jogo é um exemplo de dilema social, no qual a tomada de decisões por um indivíduo acaba afetando os interesses do grupo. A fim de testar o que pode realmente afetar a tomada de decisões em tais jogos, os autores criaram um esquema no qual grupos de voluntários se submetem, primeiramente, a uma modalidade básica do *trust game*; depois introduziram um modelo no qual o investidor poderia observar os comportamentos anteriores do alocador; um modelo no qual o alocador poderia ter rápidas conversas não vinculantes para tentar conquistar a confiança do investidor; e um modelo combinando observação e as tratativas verbais. Para todas as

¹ A Teoria dos Jogos analisa um processo de tomada de decisões sob a ótica de um jogo, no qual deve-se analisar os jogadores, as estratégias de cada um deles e os ganhos ou retornos de cada jogador para cada estratégia. Assim, identificando tais elementos e, supondo ser o homem um ser racional, seria possível traçar qual será o comportamento que atingirá o ponto de equilíbrio do jogo, podendo-se traçar um perfil de atuação na tomada das decisões futuras. (COOTER e ULLEN, 2010)

modalidades, a jogada esperada era o não investimento dos recursos.

A conclusão obtida foi que um ato como *cheap talk* não influenciou significativamente os comportamentos dos participantes, porém a possibilidade de observar as atitudes do outro jogador influenciou de forma decisiva os comportamentos adotados (BRACHT; FELTOVICH, 2009, p. 1042-1043).

Em outro experimento (IRLENBUSCH, 2004, p. 299-303), testou-se o conceito de *cheap talk* por meio de pequenos contratos não vinculantes, aferindo se as pessoas realmente os cumpriam, apesar de não vinculadas. Para tanto, utilizou-se o jogo conhecido como *theoretical benchmark*. A conclusão foi que, apesar de não vinculantes, os contratos influenciaram no comportamento dos participantes (pois muitos teriam se sentido obrigados pela palavra dada). Deve-se observar, porém, que as rodadas e atos dos participantes eram observados por ambos. Conforme demonstrado no estudo anteriormente mencionado, a observação do comportamento influencia mais a tomada de decisões do que o *cheap talk*. Desse modo, o fato de um jogador ter observado o comportamento do outro pode ter sido o fator preponderante para o cumprimento dos contratos não vinculantes firmados, e não a palavra empenhada.

Por fim, Galbiati e Vertova (2014, p. 48-50) analisaram como a lei afeta os comportamentos, concluindo, após a realização de um experimento em um *public good game* [no qual foram testadas obrigações sem incentivos (sanções ou prêmios), não vinculantes, incentivos sem obrigações, obrigações muito baixas com incentivos e obrigações consideráveis com incentivos], que a presença de uma obrigação isolada ou um incentivo sem uma obrigação possui muito menos impacto no comportamento das pessoas do que obrigações vinculadas a incentivos, ainda que estes tenham uma pequena probabilidade de serem implementados no caso concreto. Dessa forma, para se influenciar efetivamente um comportamento, seria necessário não só a previsão de uma obrigação, mas dotá-la de um efetivo incentivo para o cumprimento (podendo ser uma sanção ou uma premiação).

Analisando-se todas essas considerações acerca do *cheap talk*, observação e influência das normas em comportamentos sociais, concluiu-se que apenas uma promessa legal de punição é insuficiente para evitar que os cidadãos voltem a ocupar novas áreas ambientalmente protegidas, pois, caso não se sintam de fato monitorados pelo Estado e não acreditem na imposição de sanções, simplesmente interpretarão a lei como uma promessa vazia, sem efeito de fato em suas atitudes.

Há um problema de agência, no qual o Estado (principal) quer controlar as condutas dos agentes, estando presente o chamado risco moral (*moral hazard*). Sabedor da ausência de monitoramento efetivo (pois seria extremamente custoso um monitoramento efetivo e permanente), o agente (no caso, cidadãos) possui a tendência de não se esforçar e, dessa forma, o principal tem que buscar mecanismos para criar incentivos (punições efetivas de comportamentos ilícitos, por exemplo) para que os cidadãos se esforcem no cumprimento do objeto pactuado, no caso, o cumprimento das leis (POSNER, 2000, p. 8-12).

Igualmente, no caso da ocupação de APPs, o Estado não possui condições de monitorar todas as edificações irregulares, devendo, para dissuadir tal comportamento ilícito, implementar, de fato, as sanções previstas em lei ao constatar construções irregulares, a fim de que as pessoas parem de confiar na possibilidade de novas regularizações e tenham dissuadida a tendência de realizar construções em áreas não edificáveis.

Portanto, a simples letra da lei, apesar de juridicamente vincular os atos do Poder Público e dos particulares, na prática pode soar como *cheap talk*. A simples existência de uma potencial sanção não é suficiente para afastar comportamentos ilícitos. É necessário que as pessoas confiem em que o Estado conseguirá descobrir os ilícitos e aplicar as devidas penas, ainda que a probabilidade de isso acontecer seja pequena. A probabilidade significativa de uma punição (decorrente da atuação firme dos órgãos fiscalizadores e do sistema judicial), fazendo-se cumprir a obrigação legal de não ocupação de áreas de preservação permanente é a única forma de influenciar de fato os cidadãos, evitando-se a continuidade do processo de ocupação das APPs urbanas.

Diante de todas as razões expostas, conclui-se que o abono de um ilícito anterior, como no caso da regularização fundiária, tem um alto custo reputacional para o Estado. As pessoas passam a acreditar que eventuais ilícitos semelhantes, apesar de possuírem sanções na lei, serão novamente perdoados pelo Estado, gerando um reforço positivo em prol da prática de novos atos antijurídicos.

A única forma de reverter isso, após o alto custo reputacional causado pelo abono do ilícito, será implementar um comportamento robusto de fiscalização e aplicação das sanções nos novos casos semelhantes aos anteriormente perdoados, gerando nas pessoas um real receio de sofrerem as penas da lei, criando-se um ambiente desfavorável para a proliferação de atos contrários ao ordenamento jurídico.

3 UMA ANÁLISE COMPORTAMENTAL

Apesar da validade das conclusões da análise econômica, a teoria da escolha racional nem sempre se mostra como viável na realidade, pois o ser humano é influenciado de diversas maneiras, nem sempre adotando o comportamento esperado por uma análise puramente econômico racional.

Faz-se, assim, necessária, a verificação da hipótese anterior com a realização de uma análise baseada em uma filosofia científica acerca do comportamento humano que não pressuponha tal racionalidade absoluta, a fim de dar o devido substrato teórico e verificar a validade das conclusões da seção anterior, adotando o presente artigo como paradigma teórico o behaviorismo radical.

3.1 Breves Considerações Acerca do Behaviorismo Radical

O behaviorismo radical é uma filosofia sobre a ciência do comportamento humano, buscando dar um caráter científico para as análises acerca das razões dos comportamentos das pessoas, evitando respostas subjetivas que não podem ser aferidas numa lógica científica (SKINNER, 2002, p. 14-23; BAUM, 2005, p. 3-35), baseando-se no modelo experimental das ciências naturais e, fortemente, na Teoria da Seleção Natural de Darwin².

A explicação do comportamento humano para o behaviorismo radical passa por alguns fatores relevantes, como o ambiente em que o indivíduo está submetido; suas características genéticas; o histórico de contingências a que foi submetido; e as atuais contingências (SKINNER, 2003, 43-58; BAUM, 2005, 61-87). Ao se analisar um comportamento específico de determinada pessoa, irá se observar que este foi cunhado por um histórico de reforços e punições sofridos ao longo da vida do indivíduo, sendo igualmente relevantes o contexto atual (com as contingências que se apresentam no momento do comportamento) e o estado motivacional do indivíduo (privação ou saciação).

Um comportamento operante é adquirido por meio de um sistema de reforços, consistente num processo de aprendizado decorrente de uma relação entre estímulos e uma determinada atividade, correlação esta que

² Há, assim, a noção de que o ambiente impõe um processo de seleção entre os comportamentos, sobrevivendo os comportamentos que, ao fim, melhor se adaptam ao ambiente controlador, o que está intrinsecamente relacionado com a própria sobrevivência da espécie.

afeta os comportamentos futuros que apresentem uma similaridade, fazendo com que o indivíduo busque obter ou evitar os estímulos que vivenciou no passado ao adotar determinada conduta (SKINNER 2003, p. 64- 101).

A fim de melhor compreender o sistema de reforços que condiciona o comportamento humano, deve-se analisar os conceitos de reforços primário e condicionado. O reforço primário é aquele que causa um estímulo direto ligado a características filogenéticas do indivíduo, como comida, água, sexo, etc. Já os condicionados são aqueles que são devidamente assimilados pelo indivíduo num processo de condicionamento, no qual este passa a assimilar a ocorrência de tal estímulo com a obtenção de um reforço primário. Há, ainda, o denominado reforçador generalizado. Trata-se de reforçadores que são capazes de serem pareados com inúmeros outros reforçadores, atingindo, indiretamente, mais de um reforçador primário, sendo o dinheiro o exemplo mais ilustrativo.³

O comportamento de uma pessoa pode ser analisado por meio da seguinte estrutura: se cada vez que um determinado indivíduo realizar um comportamento, apresentando-se, após a adoção deste, um estímulo reforçador ou aversivo, isto fará com que ele adote com maior ou menor frequência o referido comportamento. Após um histórico de reforços num mesmo sentido, o comportamento estará condicionado, pois o indivíduo passará a se comportar de dada maneira, a fim de receber ou evitar um estímulo discriminativo.

Um comportamento pode ser condicionado (condicionamento operante) por reforços ou por punição. Os reforços se dividem em positivos e negativos. Nos reforços positivos, um comportamento é estimulado pela apresentação de um reforço, tornando a probabilidade de recorrência maior. Já no reforço negativo, um comportamento é reforçado pela retirada de um estímulo aversivo, tornando-o também mais provável, pois a conduta condicionada será associada ao fato de o indivíduo não mais ser exposto ao fator que lhe agride.

A punição, ao contrário, torna menor a probabilidade da ocorrência de determinado comportamento, pois é apresentado um estímulo aversivo ou retirado um estímulo reforçador toda vez que um determinado comportamento se apresenta, razão pela qual o indivíduo passará a evitá-lo. Aumenta-se, por outro lado, a probabilidade de um comportamento reativo, denominado fuga, o qual será, portanto, negativamente reforçado,

³ Skinner (2003, p. 85) define os reforçadores generalizados da seguinte maneira: “um reforçador condicionado será generalizado quando for emparelhado com mais de um reforçador primário. O reforçador generalizado é útil por não lhe ser importante a condição momentânea do indivíduo.”

como explicado no parágrafo anterior (SKINNER, 2003, p. 206).

Os controles existentes na sociedade podem ser analisados sob um viés behaviorista radical, pois os indivíduos ou organizações são capazes de alterar importantes variáveis que influenciam o comportamento humano, podendo alterar os fatores relevantes para o comportamento do indivíduo, como a motivação, o ambiente e as contingências existentes. O controle exercido por organizações possui especial relevância, pois, apesar de o comportamento ser, de fato, de cada integrante do grupo, as consequências reforçadoras geradas pelo grupo são superiores às consequências reforçadoras de cada indivíduo somadas, porque os próprios integrantes do grupo passam a se reforçar, potencializando os estímulos que influenciam os seus comportamentos dentro dessa unidade social. (SKINNER, 2003, p. 341).

A implementação de um intrincado sistema de reforços e punições pode ser extremamente útil para obter o controle de determinados atos. Nos reforços (positivo ou negativo), caso se deseje que um determinado comportamento se torne mais frequente, poderá se apresentar ao indivíduo um estímulo reforçador ou se retirar um estímulo aversivo toda vez que ele adotar o comportamento desejado. A punição também é um método eficaz de controle, porém com o efeito de tornar menos frequente determinado comportamento indesejado pelo controlador. A intercorrência de um estímulo aversivo ou a retirada de um estímulo reforçador diante da adoção do comportamento que se busca coibir o tornará menos frequente.

A punição é, assim, um método inegavelmente capaz de controlar o comportamento humano, podendo gerar, porém, subprodutos emocionais que podem ser prejudiciais ao indivíduo a ela submetido, como ansiedade, agitação e mesmo problemas físicos e doenças emocionais, razão pela qual deve-se evitar um excesso de punições aos indivíduos, preferindo-se sanções premiais em determinados casos (SKINNER, 2003, p. 198-211).

3.2 O Direito Sob Uma Ótica Behaviorista

Nos Estados contemporâneos, o controle exercido pelo governo se dá através de leis, as quais têm o importante papel de especificar os comportamentos que se pretende controlar, bem como a consequência acarretada no caso de adoção de tal comportamento, usualmente uma punição (SKINNER, 2003, p. 371). A lei, contudo, não só controla o indivíduo, mas também estabiliza o sistema imposto pelo agente controlador (no caso, o

Estado democrático), pois essa passa a traçar objetivamente os limites da atuação do controle governamental.⁴

Diante da filosofia behaviorista skinneriana, o Direito pode ser encarado como um sistema de contingências sociais, possuindo a finalidade de punir ou recompensar determinados comportamentos humanos, a fim de diminuir ou aumentar a incidência destes na sociedade, tornando mais frequentes os comportamentos que propiciam a convivência em sociedade e menos prováveis aqueles que inviabilizam a convivência social (AGUIAR, 2013 245-250).

Aguiar (2014, 2015), incorporando o conceito de sistemas sociais funcionalmente especializados⁵, analisa o Direito como um dos mais importantes sistemas especializados da sociedade contemporânea. Define, assim, que um sistema social se dá quando o comportamento do indivíduo serve como reforço ou punição para outro indivíduo, ocorrendo uma rede de comportamentos entrelaçados, cabendo justamente ao Direito agir por intermédio de órgãos estatais especializados, impondo contingências de reforço ou de punição, a fim de que torne mais frequentes os comportamentos que beneficiam o desenvolvimento da sociedade (AGUIAR, 2014, 2015).

A atuação do Direito se dá pelo estabelecimento de regras, as quais têm o papel de definir as contingências (que podem ser reforçadoras ou punitivas) oriundas de certa conduta adotada por um cidadão em determinado contexto, sofrendo a consequência estabelecida na Lei. Assim, as regras jurídicas constituem a forma que o Governo, através de agências de controle especializadas (tribunais, órgãos de fiscalização e funções essenciais à justiça, por exemplo) obtém o controle do comportamento dos governados, buscando (ao menos em tese) o benefício de toda a sociedade.

Por outro lado, um indivíduo somente seguirá as regras se estas o auxiliarem ou não a atingir determinado reforço ou evitar determinada punição, e o governo somente irá manter o comportamento de enunciar

4 Assevera Skinner (2003, p. 379): “A codificação dos procedimentos controladores frequentemente tem o efeito de estabilizar o sistema. Ao explicitar a contingência entre o comportamento e a punição, por exemplo, a lei impõe uma restrição na agência governante. O sistema social de governante e governado não pode se deteriorar apreciavelmente a menos que se mude a lei. Um contracontrole mais explícito é representado por uma constituição, na qual um governo deriva seu poder do consentimento dos governados se constringe a usar o poder dentro das áreas especificadas.”

5 Prosegue AGUIAR (2014, p. 261): “Um sistema social funcionalmente especializado emerge quando os padrões relativamente estáveis de influência comportamental recíproca entre determinadas organizações e os indivíduos que compõem o seu público-alvo se especializam no cumprimento de uma importante função para a sobrevivência e reprodução do grupo social como um todo, em um dado contexto espaço-temporal.”

determinada regra se os controlados reforçam tal comportamento enunciator⁶, ou seja, se a obedecem ou não. A norma, por si só, não possuirá efeito controlador, devendo ser realmente implementada e adequada à regulação dos comportamentos desejados (AGUIAR, 2015, p. 12-14).

A aplicação da lei depende, portanto, de uma complexa e intrincada rede de comportamentos entrelaçados, a qual é responsável pela materialização das contingências abstratamente impostas pela Lei, retirando-as do papel e de fato controlando os comportamentos ocorridos na sociedade, reforçando ou punindo os comportamentos a que se direcionava (AGUIAR, 2015, p. 7-8).

O controle advindo da norma percorre diversos comportamentos da rede responsável pela aplicação das contingências, desde a fiscalização ou recebimento por um órgão de determinada notícia de infração, ao desenrolar de um processo judicial ou administrativo, com a prolação da decisão pelo órgão competente que impõe determinada punição e com os atos pertinentes para a execução desta, através de órgãos policiais, sistemas de penhora, cumprimento de ordens por órgãos públicos e outros órgãos de execução. Assim, é uma rede complexa, formada por indivíduos inseridos em organizações, cujos comportamentos influenciam e são influenciados uns pelos outros, a responsável pela aplicação das contingências previstas em lei, que se destinam a regerar os comportamentos desejados pela sociedade.

3.3 O Comportamento Esperado Diante dos Marcos Temporais Fixados

A lei abstratamente considerada só será capaz de controlar os cidadãos caso estes tenham, ao longo de sua vida, se submetido a um histórico de reforços e punições diante do cumprimento ou descumprimento de determinada norma. Dessa forma, a simples previsão legal de punição em razão da construção indevida em áreas de preservação permanente é inócua para se evitar a ocupação em massa das áreas, como a atual situação das áreas urbanas pode demonstrar.

⁶ Explicita Aguiar (2015, p. 12): “O instrutor que transmite as regras que não são mais demandadas pelos receptores potenciais, provavelmente vai parar de transmiti-las e trocá-las por outras mais aceitas. Por sua vez, o criador de regras é, direta ou indiretamente, um agente de controle social, ou seja, alguém cujo comportamento de enunciar novas regras, ou criar novos enunciados de regras mais eficazes no sentido tanto de sua transmissão quanto da sua aplicação, é reforçado, seja pelos destinatários, seja por outros indivíduos, para os quais a alteração do repertório dos destinatários dessas regras é reforçadora.”

Pelo contrário, a realidade brasileira demonstra que a ocupação de áreas de preservação permanente foi reforçada ao longo do tempo. Primeiramente, é importante ressaltar que, diante da omissão estatal na fiscalização das áreas, a edificação de casas nas APPs possui um efeito extremamente reforçador, pois o indivíduo passa a possuir um imóvel que serve de moradia para famílias pobres, bem como tem valor econômico, ainda que em um mercado informal de posse.

Há, também, claramente um comportamento de fuga, principalmente entre os mais pobres, os quais, sem condições financeiras de adquirir ou alugar imóveis em áreas regulares, buscam a ocupação de áreas não edificáveis (normalmente subvalorizadas ou sem fiscalização efetiva do proprietário) para a construção de seus lares, fato este negativamente reforçado pelo fim do estímulo aversivo do alto preço de aluguéis anteriormente pagos ou até mesmo pelo fim de um desabrigo.

Diante de tal situação, caso o ordenamento jurídico não imponha punições efetivas para as edificações irregulares ou reforce a conduta de manter intactas as áreas de preservação permanente, há uma grande probabilidade de as pessoas edificarem nas referidas áreas, causando danos ao meio ambiente. É preciso que os estímulos impostos pelo governo sejam superiores aos inerentes à ocupação humana.

Todavia, o que ocorreu nos últimos anos foi uma sucessão de eventos advindos do Estado que reforçaram as ocupações ilícitas. As diversas legislações que possibilitaram a regularização fundiária, bem como ampliaram os marcos temporais para a consolidação das construções passíveis de regularização, criaram o efeito reforçador sobre aqueles que eram ocupantes ilícitos.

Portanto, ao tornar legal um ato anteriormente ilegal, o comportamento ilícito foi positivamente reforçado pelo Estado, condicionando o comportamento dos cidadãos a acreditar que outros atos ilícitos semelhantes podem ser igualmente perdoados pelos órgãos governamentais.

Destaca-se, em relação a todas as considerações já realizadas e as que abaixo seguirão, a importância de se compreender que os indivíduos são condicionados não só pelos estímulos a eles submetidos, mas também ao vivenciar as experiências aplicadas aos demais. Assim, um menino que presencia a dor que seu amigo teve ao quebrar o braço após a queda de uma árvore, não precisará quebrar ele mesmo o braço para que seu comportamento de subir em árvores se torne menos provável (SKINNER,

2003).

De igual modo, uma pessoa, ao ter ciência que outrem construiu um imóvel em APP e, ao invés de ter tido a construção demolida ou ter sido multado, teve a sua situação regularizada, encarará como altamente reforçadora a construção nestas áreas ambientalmente protegidas, aumentando a probabilidade de que tal conduta seja praticada. A norma percebida pelo cidadão não será a proibição de construção em APPs, mas sim uma norma que, inicialmente, não permite a construção, mas que, num futuro próximo, irá torná-la legítima. Tal fato provavelmente aumentará a frequência do comportamento de se edificar prédios em áreas de preservação permanente.

Uma teoria comportamental do Direito ratifica, portanto, os conceitos de *cheap talk* e risco moral advindos da análise econômica, demonstrando como o abono de um comportamento ilícito implica num custo reputacional do Estado, o qual não possui mais credibilidade perante a população, que passa a desrespeitar a lei. Portanto, antes de se discutir qual o marco temporal melhor protegerá o meio ambiente, é importante que o Estado de fato passe a punir as condutas ilícitas de ocupação das APPs urbanas, a fim de que a lei realmente importe na aplicação de contingências aversivas aos cidadãos que infringiram tal regra.

Antes de tal correção de rumo, qualquer discussão legislativa abstrata será inócua, pois os cidadãos sempre enxergarão a referida norma como “uma lei que não pegou”, continuando a infringi-la, na expectativa (ultimamente contemplada) de ter a sua situação regularizada. Para tanto, é preciso corrigir as falhas encontradas em diversos nós⁷ da rede de comportamentos entrelaçados responsável pela imposição das sanções legais em face de tais construções.

Para o cumprimento da lei e a imposição das sanções nelas previstas, é preciso que os órgãos de fiscalização ambiental passem, efetivamente, a monitorar as áreas de preservação permanente urbana, autuando as infrações e comunicando tal fato ao Ministério Público; o Ministério Público deve exigir a fiscalização por parte dos órgãos ambientais e, também, procurar, pelos meios extrajudiciais e judiciais a ele disponíveis, a aplicação das sanções pertinentes, inclusive com a demolição das construções indevidas; o judiciário precisa ser mais célere e aplicar de forma efetiva as sanções previstas em lei, a fim de não quebrar o elo desta

⁷ Chama-se de nó (AGUIAR, 2015) o ponto da rede em que se encontram, se inter-relacionam e reciprocamente influenciam seus comportamentos dois indivíduos, ou, como abordado neste artigo, organizações (naturalmente composta por indivíduos que se comportam).

rede, zelando, ainda, pela fiel execução de suas decisões.

Em cada nó, há a influência recíproca de comportamentos e, havendo uma falha no funcionamento de um dos integrantes na rede, tal fato causará um estímulo aversivo para os demais, os quais não adotarão mais os comportamentos necessários para a aplicação das contingências legais, pois não possuirão seus comportamentos reforçados pelos demais integrantes da rede. A ideia de uma estrutura interdependente e necessária para a aplicação efetiva da lei é primordial para se compreender as razões das falhas até hoje existentes e quais correções devem ser tomadas para que se possa cumprir de maneira efetiva a legislação ambiental, único modo de se evitar novos e corriqueiros danos ao meio ambiente.

Partindo do pressuposto (ainda que irreal, diante da omissão frequente do Estado brasileiro nessa questão) de que haverá, a partir da edição do Novo Código Florestal, a adoção das medidas cabíveis para se evitar novas construções, se torna imprescindível a fixação de um marco temporal no mínimo concomitante à vigência da nova lei.

Isso porque, a possibilidade de um marco legal futuro para a regularização implicaria num estímulo de reforço ao comportamento tendente a novas edificações irregulares, pois haveria clara possibilidade de se regularizar os imóveis construídos após o surgimento da lei, o que geraria uma corrida para a ocupação irregular das APPs, causando enormes prejuízos ao meio ambiente.

Dessa forma, diante da necessidade de proteção ao meio ambiente, e tomadas as correções necessárias para uma efetiva fiscalização das áreas de preservação permanente remanescentes, a adoção de um marco temporal concomitante à vigência da lei ou pretérito a esta é a medida mais acertada sob o ponto de vista comportamental.

CONCLUSÃO

Diante da convergência das análises econômica e comportamental das normas pertinentes à regularização fundiária urbana trazida pelo Novo Código Florestal, conclui-se que é incompatível com a proteção ao meio ambiente a adoção de um marco temporal posterior à edição da Lei nº 12.651/2012, a fim de se evitar uma onda de novas ocupações irregulares, que buscariam a futura regularização.

Contudo, conforme exposto, a fixação de um marco temporal condizente somente atingirá o efeito desejado caso o Estado passe, através

de todos os órgãos responsáveis, a coibir, de fato e de forma efetiva, as novas ocupações ilícitas, sob pena da continuidade do processo de deterioração das APPs urbanas, tendo em vista o farto histórico de abono dos ilícitos.

A partir de tais constatações, e diante da necessária interpretação das normas que se sucederam na matéria, entende-se que o marco temporal que melhor atenderia aos fins desejados pelo Novo Código Florestal é a sua fixação na data de sua vigência, qual seja, 28/05/2012. Sendo Lei nº 12651/2012 superveniente e tendo deixado de prever marco temporal expresso para a consolidação das construções, contrariando a prática normativa anterior, claramente o legislador pretendeu atingir o maior número de construções irregulares possíveis.

E tal fato, certamente, é positivo, pois permitirá que se leve melhoria das condições de habitabilidade, ambientais (tendo em vista a necessidade de medidas compensatórias e de saneamento básico) e de segurança jurídica ao maior número possível de cidadãos, sem que isso importe num incentivo às novas ocupações, desde que, claro, o sistema estatal coíba peremptoriamente as novas ocupações surgidas após 28/05/2012.

Por fim, deve-se considerar que o marco não se aplica a imóveis isolados, mas às áreas urbanas consolidadas, sendo possível, portanto, que a regularização atinja, por exemplo, terrenos ainda vazios, porém encravados em áreas altamente antropizadas, permitindo-se a construção em tais áreas após 28/05/2012, desde que finalizado o projeto de regularização de toda a área, a qual, necessariamente deverá ter se consolidado até a referida data.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Julio Cesar de. *Sobre o conceito analítico-comportamental de norma jurídica*, 2015 (em elaboração).

AGUIAR, Julio Cesar de. Análise Comportamental do Direito: uma abordagem do Direito como ciência do comportamento humano aplicada. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (Nomos)*, vol. 34, n. 2, 2014 p. 245-273.

AGUIAR, Julio Cesar de. Passos para uma Abordagem Evolucionária do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 60, nº 1, 2015, p. 9-38.

AGUIAR, Julio Cesar de. *As Regras como Unidades Básicas da Seleção Cultural*, 2015 (em elaboração).

AGUIAR, Julio Cesar de. O Direito como Sistema de Contingências Sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*, vol. 37, nº 2, 2013, p. 245-273.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BAUM, William M. *Understanding Behaviorism*. 2ª ed. Oxford: Blackwell, 2005.

BRACHT, Juergen; FELTOVICH, Nick. Whatever you say, your reputation precedes you. *Journal of public economics*, nº 93, 2009, p. 1036-1044.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm>. Acesso em: 06 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.ov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm>. Acesso em: 06 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em: 06 mai. 2015.

CONAMA. Resolução nº 369, de 28 de março de 2006. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=489>>. Acesso em: 06 mai. 2015.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*; tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CRASE, Lin; O'KEEFE, Sue; DOLLERY, Brian. Talk is cheap, or is it?

Ecological economics, n° 88, 2013, p. 206-213.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALBIATI, Roberto; VERTOVA, Pietro. How laws affect behavior. *International review of law and economics*, n° 38, 2014, p. 48-57.

IRLENBUSCH, Bernd. Relying on a man's word? *International review of law and economics*, n° 24, 2004, p. 299-332.

KARP, Larry. Global warming and hyperbolic discounting. *Journal of public economics*, n° 89, 2005, p. 261-282.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NALINI, José Renato. *Réquiem para o Código Florestal*. A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces. Campinas: Millennium, 2012, p. 191-205.

ONU. *Declaração do Rio de meio ambiente e desenvolvimento*, de 14 de junho de 1992. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2015.

POSNER, Eric A. *Agency models in law and economics*. John M. Olin Law Economics Working Paper n° 92 (2D series). Chicago: The University of Chicago, 2000.

REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael. *Retaking Rationality: How Cost-Benefit Analysis Can Better Protect the Environment and Our Health*. New York: Oxford University Press, 2008

SALLY, David. Can i say “bobobo” and mean “There’s no such thing as cheap talk”? *Journal of economic behavior & organization*, vol. 57, 2005, p. 245-266.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SKINNER, B. F. Seleção por Consequências. *Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva*, tradução: Carlos Renato Xavier, Paulo Guerra Soares e Sérgio Cirino, vol. IX, nº1, 2007, p. 129-137.

SKINNER, B. F. *Ciência e Comportamento Humano*, tradução: João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SKINNER, B. F. *O Comportamento Verbal*, tradução: Mara da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 1978.

SKINNER, B. F. *Sobre o Behaviorismo*, tradução: Maria da Penha Villalobos. 7ª ed. São Paulo: Cultrix, 2002.

TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do Direito. *Revista de informação legislativa*, Brasília nº 205, jan./mar. 2015, p. 321-346.

VELENTZAS, John E.; SAVVIDOU, Kyriaki K.; BRONI, Georgia K. Economic analysis of environmental law. *Journal of international trade law and policy*, vol. 8, nº 3, 2009, p. 252-271.

WINKLER, Ralph. Does 'better' discounting lead to 'worse' outcomes in long-run decisions?. *Ecological economics*, nº 57, 2006, p. 573-582.

Artigo recebido em: 15/09/2016.

Artigo aceito em: 18/11/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

TABAK, Benjamin Miranda; FERREIRA FILHO, Paulo Sérgio. Um Limite Temporal para Regularização Fundiária Urbana em Áreas de Preservação Permanente: as Análises Econômica e Comportamental do Direito e a Proteção ao Meio Ambiente. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 315-340, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/888>>. Acesso em: dia mês. ano.

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 90 E POSSÍVEIS DESDOBRAMENTOS SOBRE O DIREITO SOCIAL AO TRANSPORTE EM AMBIENTES ARTIFICIAIS BRASILEIROS

Luigi Bonizzato

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Mestre em Direito pela Universidade Fama Filho (UGF).
Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Email: bonizzato@bonizzato.com.br

Alice Ribas Dias Bonizzato

Mestre em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA)
Advogada.
Email: aribasdias@gmail.com

RESUMO

O presente Artigo versa sobre a Emenda Constitucional nº 90 de 2015 e seus possíveis desdobramentos teóricos e fáticos. Desde o comportamento a ser tomado pelos Poderes da República Federativa do Brasil, até as mais variadas interpretações que podem surgir de diversos setores e grupos sociais, a referida Emenda, que inseriu o transporte no rol dos direitos sociais previstos no Art. 6º da Constituição de 1988, traz consigo a necessidade de se atentar para suas consequências. É certo que o direito ao transporte, essencial e intimamente ligado a vários outros direitos e dos quais muitos destes não podem prescindir, engloba a necessidade de um estudo interdisciplinar, que finda por exigir o exame de institutos de vários ramos do Direito e áreas do saber. Nesse rumo, em dois capítulos, partindo-se de um exame dos transportes nos ambientes urbanos e artificiais brasileiros, até se chegar, em capítulo subsequente, à própria análise da juridicidade desse direito social, a metodologia qualitativa, a partir de fontes bibliográficas ricas e diretamente voltadas aos temas abordados, determinou o recorte temático para o enfrentamento do que se propôs pesquisar e levantar neste breve Artigo.

Palavras-Chave: Transporte; Direito social; Emenda Constitucional nº 90.

¹ Trabajo resultado del Proyecto “Consultoría Jurídica Rural”, realizado en el 2016.

THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT Nº 90 AND POSSIBLE DEVELOPMENTS ABOUT THE SOCIAL RIGHT TO TRANSPORT IN BRAZILIAN ARTIFICIAL ENVIRONMENTS

ABSTRACT

This Article is about the Constitutional Amendment No. 90 of the year 2015 and its possible theoretical and factual developments. Since the behavior to be taken by the Powers of the Federative Republic of Brazil, until the most varied interpretations that can arise from different sectors and social groups, the mentioned Amendment, that put the transport in the list of social rights provided in Art. 6 of the 1988 Constitution, brings with it the need to pay attention to its consequences. It is true that the right of transport, essential and closely linked to several other rights and of which many of these cannot live without, cover the need for an interdisciplinary study, which ends to demand the examination of institutes from various law branches and areas of knowledge. In this way, in two chapters, starting with an examination of transport in Brazilian urban and built environments until arriving, in a subsequent chapter, on the own analysis of this social right's legality, the qualitative methodology, from rich literature sources and directly focused to the covered themes, determined the thematic direction for the study of the proposed and raised research in this short article.

Keywords: *Transport; Social rights; Constitutional Amendment No. 90.*

INTRODUÇÃO

Em ambientes artificialmente montados, inserindo-se, neste breve estudo, como principal exemplo, as áreas denominadas urbanas¹, inúmeros direitos sociais findam por se fazer de prestação e tutela indispensáveis, ainda que se cogite de um Estado cada vez mais reduzido, diminuído e restringido em suas atribuições essenciais. No meio destes direitos sociais, o direito ao transporte é, sem dúvida, de crucial relevância, não apenas isoladamente considerado, mas também como fio condutor para que se possibilite a própria e mencionada prestação e tutela de outros direitos sociais.

Nesse contexto, as breves linhas que se seguem, após se voltarem, especificamente, para a figura dos transportes em ambientes, principalmente, urbanos, com chamada especial de atenção para as grandes cidades brasileiras, aglomerações urbanas de grande porte e, portanto, verdadeiras regiões metropolitanas, no sentido constitucional e legal já conferido à expressão, passam a enfrentar o fenômeno constituinte da inserção do transporte no rol do Art. 6º da Constituição da República.

Entre múltiplas consequências, é certo que a maioria delas ainda está por surgir e emergir. Mas, paralelamente, já se pode trazer à tona questionamentos e, sobretudo, as primeiras impressões jurídicas sobre a expressa previsão do direito ao transporte como direito social e fundamental.

Se ramos do Direito caminham conjuntamente, com apoio sempre aqui considerado necessário por parte da teoria jurídica brasileira, tal interdisciplinaridade mostrar-se-á também patente neste Artigo, no qual questões constitucionais, ambientais, urbanísticas e administrativas serão tratadas ora conjunta, ora separadamente. E, paralelamente, dada a própria natureza do recorte temático escolhido, a multidisciplinaridade também se apresentará, ainda que um tanto quanto timidamente, mas a partir de pontuais e específicos apoios buscados em outros ramos do saber. A metodologia adotada, qual seja e, em resumo, qualitativa e com base em fontes bibliográficas ligadas a cada área do conhecimento, reforça as apenas realçadas características desta pesquisa, notada e fundamentalmente voltada à própria juridicidade final do direito ao transporte.

1 Para os fins deste breve Artigo e tendo em vista suas naturais limitações e recorte temático, entre possíveis e clássicas definições comumente conferidas ao ambiente (natural, cultural, artificial etc.), será com frequência associada a ideia de ambiente artificial à de ambiente urbano, sem maiores preocupações com a extensão da definição, que pode, conforme em momentos mencionado no texto, até abarcar áreas rurais.

1 PLANEJAMENTO URBANO E TRANSPORTES PÚBLICOS EM AMBIENTES ARTIFICIAIS

A temática relativa aos transportes públicos, sobretudo coletivos, sempre ocupou espaço de destaque entre os principais problemas vivenciados nas grandes cidades brasileiras e, por conseguinte, nos ambientes artificiais e urbanos, em que sua necessidade e indispensabilidade faz-se muito mais presente. O transporte está diretamente ligado à ideia de locomoção e, principalmente, ao mais relevante movimento para o funcionamento de um ambiente urbano: a relativa ao deslocamento de casa para o trabalho e deste para aquela. Em um país de enormes dimensões como o Brasil e, sobretudo, possuidor de várias regiões metropolitanas, compostas de vários municípios contíguos, com grande adensamento populacional², o assunto “transporte” passa a ser de magnitude ímpar dentro do variado rol de matérias que findam por, juntas, estarem umbilicalmente ligadas à clássica e conhecida “questão urbana”³. Partindo-se da premissa de que Direito Urbanístico e Direito Ambiental, assim como, igualmente, problemáticas vinculadas a ambientes artificiais e naturais, devem caminhar e

2 O termo “regiões metropolitanas” encontra-se previsto, expressamente, no § 3º, do Art. 25, da Constituição da República, que assim estatui: “Art. 25. (...) § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”. Em janeiro de 2015, ou seja, quase 27 anos após a promulgação da Constituição de 1988, é publicada a Lei 13.089, do dia 12 daquele mês, intitulada Estatuto da Metrópole. Imperioso ressaltar, desde já, que tal lei objetivou fortalecer figura um tanto quanto enfraquecida nos últimos tempos, ou seja, a da região metropolitana, estabelecendo novas possibilidades, interpretações e caminhos para seu gerenciamento, desenvolvimento e planejamento. Nesse sentido, tentou-se, de acordo logo com seu art. 2º, claramente definir institutos como “aglomeração urbana”, “gestão plena”, governança interfederativa”, “metrópole”, “região metropolitana” e, entre outros, o pela referida lei denominado “plano de desenvolvimento urbano integrado”, o qual será hierarquicamente superior aos Planos Diretores dos municípios que compuserem a respectiva região metropolitana (art. 10, § 3º), deverá ser revisto, assim como os Planos Diretores, pelo menos, a cada dez anos (art. 11), contará com a participação popular no processo de sua criação (art. 12, § 2º) e, além disso, poderá iniciar o processo de suprimento de uma grande fenda no cenário urbano nacional: o da carência de planos urbanísticos, sobretudo superiores ao Plano Diretor e de maior abrangência, capazes de dar aplicação e efetivar o princípio da articulação entre planos locais, com respeito a outro fundamental princípio dos planos urbanísticos, estudados no capítulo subsequente, isto é, ao princípio da hierarquia. Tendo em vista as finalidades do presente Artigo e com o objetivo de não escapar dos rumos aqui propostos, para aprofundamentos sobre princípios de planos urbanísticos e, igualmente, na figura do Plano Diretor, conferir o trabalho de Luigi Bonizzato (BONIZZATO, 2014) intitulado “*Constituição, democracia e Plano Direito: sob o influxo de direitos sociais e de liberdade, políticas estatais e institucionais*”. Ao longo do texto tentar-se-á evitar indicações bibliográficas que não as direta e imediatamente ligadas ao conteúdo deste Artigo, salvo em hipóteses pontuais e específicas, quando se entender existir relevância na relação entre o pesquisado e o que se indica e recomenda para fins de consulta e, por conseguinte, aprofundamento científico.

3 Sobre a denominada questão urbana, no interior da qual qualquer abordagem, enfrentamento e problemática que envolva a figura dos transportes encontra total guarida, não se enveredará o presente Artigo, sobretudo por seus fins precípuos e, portanto, naturais limitações. A título, entretanto, de pesquisa, conferir o clássico “*A Questão Urbana*”, de Manuel Castells (CASTELLS, 2000).

serem enfrentadas, na maioria das vezes, de mãos dadas, o assunto passa a ser terreno fértil para o estudo e pesquisa⁴ no âmbito dos dois ramos do Direito acima mencionados e, paralelamente, também, mesmo que, às vezes, secundariamente, no âmbito de muitos outros ramos, um dos quais o próprio Direito Constitucional, conforme nas linhas seguintes se confirmará.

Na linha, assim, do que ora se pretende, especificamente, aduzir, os transportes são órgão vital dentro de qualquer estrutura urbana e seu bom ou mau funcionamento interfere implacavelmente na qualidade de vida de uma cidade. Um adequado planejamento urbano, que contemple de forma consentânea a estrutura de transportes, será alicerce fundamental para a promoção de um equilibrado desenvolvimento urbano e do bem-estar social, bases sobre as quais se devem valer o legislador, intérpretes e aplicadores do Direito, assim como a sociedade civil em sentido amplo, para exercerem suas funções públicas e/ou privadas mais precisas e praticarem seus atos cotidianos mais rotineiros. Isto o que desejou o legislador constituinte originário ao atentar tanto para o referido desenvolvimento urbano – Art. 21, inciso XX, Art. 182, *caput*, Art. 30, inciso VIII, ao se preocupar com a ordenação do território e ocupação solo urbano -, quanto para o bem-estar social – o mesmo Art. 182, *caput*, Art. 23, parágrafo único, entre outros⁵ - todos da Constituição da República.

Aliás, planejar é essencial e muitos dos problemas que hoje atormentam diversas metrópoles brasileiras surgiram de planejamentos equivocados, com forte influência política e ideológica ou até mesmo de sua total inexistência⁶.

4 Em sentido estrito, os dois ramos, logicamente, guardam suas naturais e imprescindíveis particularidades e reservas de pesquisa. Mas aqui se reputa fundamental encarar diversas matérias e problemas ambientais, com o amparo tanto do Direito Urbanístico, quanto do Direito Ambiental. E, na própria seara dos transportes, escolhida como central neste Artigo, há exemplos variados de necessidade de análise conjunta de questões. A título, então, ilustrativo, se um novo meio de transporte é instalado em uma cidade, como não pensar se seu funcionamento gerará poluição sonora, atmosférica, marítima, pluvial, entre outras? Transportes por ônibus, barcos, trens e metrô são meios de locomoção cuja operação pode levar a deteriorações do ambiente urbano e natural, concomitantemente.

5 “Art. 21. Compete à União: (...) XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”; “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”; “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”; “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006;

6 Em uma análise constitucional-urbanística, com enfoque jurídico paralelo na questão ligada ao planejamento urbano, assim menciona Luigi Bonizzato: “No que diz respeito ao planejamento, importante ressaltar, sob foco eminentemente jurídico, que se pode estar diante de, pelo menos, duas categorias

Assim, neste inicial momento de enfrentamento da temática escolhida, mostra-se imprescindível abordagem que contemple a relação planejamento urbano/transportes públicos.

Não são raros os casos em que se tenta substituir o vocábulo planejamento pela palavra gestão. Entretanto, o entendimento que ora se esboça é o de que tais palavras são completamente diferentes, mas complementares.

Segundo Marcelo Lopes de Souza (SOUZA, 2002, p. 46):

Até mesmo intuitivamente, planejar sempre remete ao futuro: planejar significa tentar prever a evolução de um fenômeno ou, para dizê-lo de modo menos comprometido com o pensamento convencional, tentar simular os desdobramentos de um processo, com o objetivo de melhor precaver-se contra prováveis problemas ou, inversamente, com o fito de melhor tirar partido de prováveis benefícios. De sua parte, gestão remete ao presente: gerir significa administrar uma situação dentro dos marcos dos recursos presentemente disponíveis e tendo em vista as necessidades imediatas.

O planejamento, assim, para o mesmo autor, é a preparação para a gestão futura, enquanto que a gestão é a efetivação das condições que o planejamento feito no passado ajudou a construir. E, concluindo, atinge o ponto principal de análise, asseverando que o planejamento é algo de que não se pode abdicar. Neste sentido, sustenta que (SOUZA, 2002, p. 46-47):

Não menos que a própria gestão, ou seja, a administração dos recursos e das relações de poder aqui e agora, o planejamento – algum tipo de planejamento – é algo de que não se pode abdicar. Abrir mão disso equivaleria a saudar um caminhar errático, incompatível com a vida social organizada, independentemente do modelo e do grau de complexidade material da sociedade (pois até mesmo sociedades tribais e grupos de caçadores e coletores “planejam” sua vida e suas atividades).

Portanto, o que se quer demonstrar é o fato de que, em que possa pesar a existência de diversos planejamentos transviados, comprometidos

distintas: o planejamento causal e o consequencial” (BONIZZATO, 2010). O referido autor, a partir da mencionada categorização, examina situações em que o planejamento ocorre quando da própria formação, por exemplo, de determinado ambiente artificial ou, por outro lado, quando já surge para incidir sobre as consequências negativas ou positivas de um planejamento anterior ou sequer existente na vida de determinado ambiente.

com interesses específicos e geradores, por consequência, de grande exclusão paralela à inclusão, o ato de planejar continua sendo indispensável para cidades, regiões metropolitanas, Estados e regiões gradativamente de maior escala, seja para a correção dos problemas urbanos e ambientais, muitos dos quais oriundos de anteriores mal elaborados planejamentos, seja para a inauguração de novos rumos para o desenvolvimento de ambientes urbanos e, também, não urbanos, nada obstante o foco central e natural deste Artigo se volte para o estudo do ambiente urbano, suas virtudes e suas mazelas, de natureza, aí sim, estritamente urbana ou ambiental, igualmente em seu sentido mais estrito.

No rumo ora seguido, importante também salientar o emergir da noção de planejamento estratégico das cidades, por muitos exaltado, e por outros tantos rechaçado e colocado constantemente em xeque. No caminho dos que preferem e defendem o dito planejamento estratégico, assim se manifestam Frederico Lustosa da Costa e Augusto Paulo Guimarães Cunha, em texto intitulado “*Pensar o desenvolvimento a partir do local: novo desafio para os gestores públicos*” (CORRÊA; VERGARA, 2003, p. 75-76):

A face política do projeto de desenvolvimento precisa ser completada pela econômica e, aqui, a lição de planejamento estratégico das grandes empresas privadas pode e deve ser aproveitada, a exemplo do que ocorreu em Barcelona e vem sendo aplicado, com graus diferentes de êxito, em outras cidades. (...) O planejamento estratégico do desenvolvimento, entendido como atividade contínua, sistemática e permanente, deve ser participativo e ascendente, regionalizado, descentralizado e integrado.

E, concluindo:

Torna-se vital para o sucesso de suas ações a participação de todos os grupos sociais mais significativos no processo de planejamento, de modo a facilitar a integração de iniciativas existentes e melhor atingir os objetivos da comunidade. (...) O plano de desenvolvimento será integrado ou não será planejamento. Os problemas envolvidos são, por natureza, integrados e não podem ser examinados nem tratados de uma perspectiva setorial. Portanto, o planejamento deve integrar demandas, interesses, recursos, ações de diferentes áreas, níveis e organizações.

Contudo, em abordagem mais crítica do planejamento estratégico

como solução e ideal para as cidades brasileiras, Ermínia Maricato expõe que (MARICATO, 2002, p. 68-69):

Se o Urbanismo modernista revelou-se “ideias fora do lugar” em relação ao rumo não planejado que o crescimento das cidades brasileiras tomou, o candidato a substituí-lo, como é o caso do Plano Estratégico à la Barcelona, resulta, talvez, mais deslocado ainda, na medida em que não assume, nem mesmo no discurso, a cidade como um todo. Elege apenas as centralidades globalizantes, plenas de significados e altamente visíveis, como objeto de intervenção. O plano estratégico assume a fragmentação na abordagem da cidade, priorizando as localizações com mais potencial de rentabilidade imobiliária e carga simbólica (...).

Entretanto, apesar das críticas, a mesma autora não descarta o planejamento urbano das cidades: apenas propõe um caminho de planejamento e gestão que contrarie o rumo social e ambientalmente predatório seguido pelas cidades brasileiras⁷.

Qualquer que seja o ponto de vista e o rumo tomado, por conseguinte, nota-se com clareza que o planejamento é tido como imprescindível para o desenvolvimento adequado das cidades. Neste viés, com efeito, em seara de transportes, máxime urbanos, planejar afigura-se não somente possível e desejável, mas fundamentalmente necessário. Um deficiente sistema de transportes, neste incluídos não somente a organização viária, mas também diversos outros fatores, tais como a acessibilidade, o tempo,

⁷ Tomando como exemplo o município do Rio de Janeiro, como não tornar evidentes centenas e centenas de problemas urbanos e ambientais? Poluição das águas Baía de Guanabara; especulação imobiliária altamente excludente, tornando a habitação e moradia complicação crônica na cidade, com afastamento e, até, isolamento domiciliar da classe trabalhadora, em geral, para locais extremamente distantes de seus locais de trabalho; e, entre tantos, o deficitário, insuficiente e ainda reputado de má qualidade, inclusive no aspecto quantitativo, transporte público, individual e coletivo. E, no tocante a este último exemplo, não à toa que opções variadas, ao longo dos últimos anos e décadas, findaram por surgir na capital fluminense – fato igualmente verificado nas principais grandes cidades brasileiras – como recurso a todos que procuraram e procuram por um transporte mais eficaz e mesmo digno. Assim, em relação ao transporte coletivo, o advento primeiro das chamadas Vans e, em tempos de tecnologia avançada e, a nível individual, do UBER (em brevíssimos dizeres, a fim de que não se desvie do objetivo central deste estudo, trata-se de serviço de transporte individual e privado de passageiros, que surge nos Estados Unidos, mais precisamente, na cidade de São Francisco, e que finda por se tornar uma Sociedade Multinacional, com funcionalidade movida por aplicativos acessados via *internet*), são claras demonstrações de que há grande demanda de transporte nas grandes cidades brasileiras, sobretudo quando oferecem, ainda que minimamente, um pouco mais de qualidade para os passageiros (basta lembrar, quando do advento das Vans, que muitas se anteciparam a oferecer serviços com ar-condicionado e outras tantas, ainda que sem este serviço, simplesmente chegavam aonde o transporte público concedido e oficial jamais conseguiu chegar). Tendo novamente o município do Rio de Janeiro como exemplo, a chegada dos Jogos Olímpicos de 2016 trouxe consigo investimentos maciços na área de transportes, a maioria dos quais criticados pelos aqui Autores em razão de privilegiarem o transporte sobre rodas, ao invés do metropolitano, do ferroviário e do, em uma cidade litorânea e geograficamente recortada, do marítimo.

as distâncias e os meios, é causa incontestável de inúmeros problemas urbanos e ambientais, dentre eles o habitacional, a poluição, entre outras, sonora e atmosférica, a deterioração de áreas de proteção ambiental⁸ etc., conforme já ligeiramente esboçado em momento anterior.

Nesta linha, portanto, ao se tratar e cuidar dos transportes urbanos, merecem realce alguns pontos específicos de análise. As antigas tendências de investigar e encarar o transporte de forma apenas técnica e tecnológica cederam espaço para novas perspectivas, por meio das quais se acrescentou uma abordagem sociológica - e agora ainda mais jurídica - do transporte. Neste diapasão, além de fatores quantitativos, passou-se a considerar caracteres qualitativos, colimando-se sempre um mais acurado estudo da questão sob exame.

Na trilha ora aduzida, exsurge como indispensável a análise da relação entre estrutura de produção e transporte e entre este e estrutura de reprodução. Como salienta Eduardo A. Vasconcellos, "(...) a abordagem sociológica do transporte urbano concilia a análise dos processos de produção e reprodução com as formas específicas do uso do espaço de circulação" (VASCONCELLOS, 2001, p. 26).

Assim, para uma melhor compreensão, a estrutura de produção seria a parte do ambiente construído onde a maior parte do processo de produção ocorreria. *Exempli gratia*, a indústria privada, o comércio e os serviços, e as empresas públicas. Já a estrutura de reprodução seria a parte do ambiente construído onde ocorreria principalmente a reprodução biológica, social e cultural das pessoas e classes sociais. *Verbi gratia*, principalmente, a residência, além da escola, locais de lazer e espaços em que se realizam atividades sociais e políticas. Por fim, já que por vezes mencionada, a estrutura de circulação também comportaria destaque, sendo considerada a parte do ambiente construído que permitiria a circulação física de pessoas e mercadorias. Como exemplo, vias públicas, calçadas, vias férreas e terminais de passageiros e cargas. Segundo Eduardo A. Vasconcelos: "A estrutura de circulação é o suporte físico da circulação propriamente dita,

⁸ Apenas a título de maior esclarecimento, uma vez que este trabalho não se debruçará, detidamente, sobre a temática, uma das causas de deterioração de áreas de proteção ambiental no interior de cidades brasileiras e, portanto, de ambientes entendidos como urbanos, é a sua ocupação irregular por famílias, normalmente de baixa renda, para fins de moradia. E tal fenômeno tem como causa não exclusiva, mas principal, o alto custo da moradia nas cidades e nos locais próximos à concentração da oferta de emprego, o que faz com que trabalhadores de baixa renda arrisquem-se e sejam estimulados a agir de forma irregular, a fim de se instalarem em áreas próximas ao seu local de trabalho. Associe-se, logicamente, a isto, o fato de que morar em região distante ao local de trabalho implica submeter-se, muitas vezes, a deficientes e/ou insuficientes transportes públicos, o que serve como mais um incentivo para as mencionadas ocupações irregulares, que findam por gerar problemas urbanos e ambientais de alta gravidade no cenário das cidades brasileiras.

seja a pé ou por meio de veículos (bicicletas, automóveis, ônibus, trens) que são chamados meios de circulação. A combinação entre a estrutura e os meios de circulação constitui o sistema de circulação” (VASCONCELLOS, 2001, p. 33-34).

Para o que ora se preconiza é deveras importante a classificação suprainserida, pois a circulação de pessoas do local de residência até o trabalho e deste até sua residência influi sobremaneira na dinâmica urbana e ambiental, sendo o funcionamento deste sistema determinante para variantes na configuração, entre outras, habitacional da cidade. Em outras palavras, de acordo com abordagens já aqui ventiladas, meios de transporte que oferecessem conforto, além de rápidos e baratos, poderiam estabelecer o início de uma reconfiguração do panorama das cidades do país⁹ e, por conseguinte, iniciar um processo em cadeia de menor deterioração do ambiente natural e construído. Pois, ao invés de preocupar-se com habitações próximas aos locais de trabalho, o que implica economia de tempo (entenda-se, aqui, todos os benefícios oriundos do ganho de tempo: maior tempo para o lazer, para a família, para o descanso, para aperfeiçoamentos diversos etc.) e em menores gastos com locomoção, poderia o cidadão permitir-se habitar regiões mais distantes dos locais de trabalho, certos de que meios de transporte eficientes (velozes e pouco custosos) supririam a moradia mais longínqua do local de produção.

Dentro da ótica da interligação produção-reprodução-transporte, não é raro observarmos situações peculiares. Muitas vezes, indústrias e fábricas recém-construídas providenciam, em local próximo, a construção de moradias que são ofertadas aos seus trabalhadores. O objetivo imediato é a economia de tempo e de dinheiro, pois, além de despenderem curto espaço de tempo no deslocamento casa-trabalho, os trabalhadores destas empresas não têm quaisquer gastos com transporte para chegar a seu local de trabalho. Tal situação somente não se mostraria interessante mediante um aumento do número de trabalhadores e do custo para construção de habitações. Neste caso, comumente, o setor privado devolve ao Estado a preocupação com transporte e moradia.

Ainda na direção acima anunciada, no que concerne mais especificamente à estrutura da reprodução, vale ressaltar que “as estratégias de reprodução dos grupos sociais de renda mais baixa baseiam-se em um

⁹ E, conforme já anteriormente anunciado, significar, também, uma reconfiguração no próprio panorama de distribuição de habitações na cidade, influenciando fortemente na moradia e no direito a ela ligado, presente no Art. 6º da Constituição de 1988, dispositivo este a ser, no capítulo subsequente, melhor examinado, assim como o próprio direito ao transporte, objeto maior de análise neste Artigo.

processo hierárquico de decisão, envolvendo habitação, emprego e transporte”. Assim, conforme conclui o mesmo Eduardo A. Vasconcellos (VASCONCELLOS, 2001, p. 39):

Escolher um local para morar frente aos condicionantes econômicos parece a primeira decisão a ser tomada, seguida das decisões sobre onde trabalhar e como chegar lá. Conforme enfatizado por Trani, quando colocadas frente aos mercados de trabalho e habitação, as pessoas precisam responder a duas lógicas que não são necessariamente convergentes: conseqüentemente, a maior parte das pessoas vai sofrer restrições de acessibilidade para poder atender à necessidade primordial de viabilizar a moradia. Em outras situações, a estratégia se inverte: a ocupação de imóveis abandonados, como cortiços, ou a ocupação de áreas como favelas, otimiza o tempo de deslocamento, reduzindo o problema do transporte¹⁰.

Novamente, frise-se, confrontam-se problemáticas imanentes à habitação e ao transporte, com ênfase na prejudicial prática da especulação no ramo imobiliário.

No cerne, ainda, da estrutura da reprodução e de sua relação com o transporte, vale frisar que melhorias no sistema de transportes podem significar um direto e incontinenti incremento na qualidade de vida das pessoas. Isto porque, além do anteriormente já enfatizado, muitas viagens antes inviáveis podem passar a se tornar viáveis, representando um acréscimo qualitativo na vida de cada um dos beneficiados com a mudança. Ou seja, além da íntima relação com inúmeros direitos e questões, uma das quais a questão habitacional, a oferta de meios de transporte pode representar mais qualidade para os que já possuem moradia minimamente digna e objetivam maior bem-estar, aí incluído o lazer e o próprio descanso. Portanto, a título ilustrativo, se um morador do bairro da Pavuna, no município do Rio de Janeiro, aos domingos, contentava-se em assistir à TV, ou com lazeres caseiros, justamente por não ter condições financeiras de chegar a uma praia ou a um parque localizado nas centralidades da cidade do Rio de Janeiro, pôde mudar seus costumes e almejar novos hábitos para o seu domingo quando do início do funcionamento, por exemplo, do metrô carioca

¹⁰ A título de maior esclarecimento, como menção se fez à *acessibilidade*, vale também salientar explanação oferecida pelo próprio autor, para quem *mobilidade* seria, simplesmente, a habilidade de movimentar-se, em decorrência de condições físicas e econômicas. “Neste sentido, as pessoas pobres, idosas ou com limitações físicas estariam nas faixas inferiores de mobilidade em relação às pessoas de renda mais alta ou sem problemas físicos de deslocamento”. Já a *acessibilidade* seria entendida como “a mobilidade para satisfazer as necessidades, ou seja, a mobilidade que permite à pessoa chegar aos destinos desejados” (VASCONCELLOS, 2001, p. 40-41).

de segunda a segunda. Viagens assim antes inviáveis tornaram-se viáveis, em virtude de uma ampliação do funcionamento de um meio de transporte. Da mesma maneira, ainda como exemplo, pode-se dizer que um morador do bairro de Campo Grande, da mesma cidade do Rio de Janeiro, reformaria todo o seu itinerário e grande parte de seu ritmo e hábitos de vida caso também pudesse contar com um transporte metroviário¹¹ de qualidade, que

11 O transporte metroviário surge no Rio de Janeiro em março de 1979, quando o Estado era administrado pelo então governador Chagas Freitas. Logo após sua inauguração, existiam apenas cinco estações, vale dizer, Praça Onze, Central, Presidente Vargas, Cinelândia e Glória. Longo trajeto seria percorrido até que se lograsse atingir as atuais 33 estações. Em ordem cronológica, no que se refere à Linha 01 do Metrô que, hodiernamente, liga o Bairro de Copacabana ao Bairro da Tijuca, foram sendo inauguradas as demais estações: Uruguaiana e Estácio (1980); Carioca, Catete, Morro Azul – atual, Flamengo –, Botafogo e Largo do Machado (1981); Afonso Pena, São Francisco Xavier e Saens Peña (1982); Cardeal Arcoverde (1998); Siqueira Campos (2003), Cantagalo (2007), General Osório (2009) e Uruguai (2014). Já no que tange à Linha 02, com apenas 02 estações (São Cristóvão e Maracanã) foi a mesma inaugurada em novembro de 1982, com a seguinte ordem cronológica de expansão: estações Maria da Graça, Del Castilho, Inhaúma e Irajá (1983); Triagem (1988); Engenho da Rainha (1991); Tomás Coelho e Vicente de Carvalho (1996); e Irajá, Colégio, Coelho Neto, Engenheiro Rubens Paiva, Acari/Fazenda Botafogo e Pavuna (1998). O transporte metroviário no Rio de Janeiro, que começou em 1979 transportando uma média diária de 60 mil passageiros, no mês de dezembro do ano de 2003 registrou uma média diária de 450.664 passageiros. Passados mais de 10 anos, em setembro de 2014 a média de passageiros totais transportados chegou a 60,4 milhões, com um enorme aumento do transporte diário de passageiros. Sem se esquecer, logicamente, que tal aumento foi proporcionado pela construção de novas estações, pela também criação da Linha 1-A (trecho entre as Estações São Cristóvão e Central) e da Estação Cidade Nova, assim como pela gradativa inserção do chamado metrô de superfície (transporte rodoviário), operacionalizado por meio de ônibus interligados ao sistema metroviário. A mudança na operacionalização das linhas (alvo também de críticas em matéria de planejamento, pois reduzidas a praticamente duas, o que faz com que problemas operacionais em quaisquer delas paralise quase todo o serviço), também contribuiu para o aumento do número de passageiros transportados, retendo-se, a presente e breve análise, em questões preponderantemente técnicas e endógenas, pois outros e vários fatores externos – obras de extensão de linhas e para a construção da Linha 04, que levam o metrô a outros pontos do bairro de Ipanema, ao Leblon, à Gávea, a São Conrado e, finalmente, à Barra da Tijuca – também estimularam a maior procura pelo transporte metroviário no Rio de Janeiro. De todo modo, pelo que se pode perceber da breve análise cronológica acima aduzida, os maiores e mais rápidos investimentos destinaram-se à construção da Linha 01, a qual, de 1979 a 1982, já estaria com seu percurso praticamente encerrado, sofrendo novas extensões apenas a partir de 1998 com a chegada dos trilhos do metrô ao Bairro de Copacabana. Em contrapartida, a construção da Linha 02 se deu de forma mais lenta e gradual, tendo demorado, aproximadamente, 17 anos para que se chegasse à sua básica e atual configuração. Tal constatação apenas viria a corroborar a ideia segundo a qual algumas preferências teriam norteado o trabalho de expansão do transporte metroviário. Preferências, frise-se, um tanto relacionadas a fatores de ordem política e econômica. Uma vez identificada a inexistência de um ator ou reivindicação única da população que pudesse servir de base para a escolha de um ou outro caminho, para a tomada de uma ou outra decisão, enfim, para a destinação de maiores e mais rápidos investimentos para o término das Linhas 01 ou 02 do metrô, a ação estatal foi provavelmente determinada por pressões políticas e econômicas, conforme já salientado. Segundo novamente expõe Eduardo A. Vasconcellos: “(...) é preciso superar a visão equivocada das políticas de transporte e circulação como técnicas neutras de intervenção. O trânsito é, na realidade, uma disputa pelo espaço, feita por atores políticos, que vivem papéis transitórios no tempo e no espaço. Na vivência destes papéis, os atores têm interesses e necessidades conflitantes, o que leva a pressões variadas e conflitantes sobre o Estado”. Na linha seguinte afirma o citado autor que: “Por outro lado, os agentes do Estado e da iniciativa privada também têm interesses e necessidades específicas. Assim, a intervenção nunca é neutra mas, ao contrário, ocorre em função do jogo de interesses e da capacidade relativa dos grupos e agentes no sentido de influenciar as decisões” (VASCONCELLOS, 2001, p. 186-187). Deveras, está-se diante de um privilégio concedido a certas camadas da sociedade em detrimento de outras, esquecendo-se, muitas vezes, o Estado, de inúmeros deveres seus e de variadas necessidades prementes das classes de mais baixa renda.

o portasse com rapidez ao trabalho e a espaços de lazer da cidade. Substituiria (ou poderia ter a opção de fazê-lo), muitas vezes, a TV pela praia, o descanso monótono pelo passeio em parques e museus¹².

Desta forma, conforme já se pode bem perceber, eficientes e abrangentes meios de transporte coletivos estão intimamente ligados a decisões relativas à moradia, ao trabalho, ao lazer, enfim, em última instância, à qualidade de vida de cada habitante da cidade¹³. Com efeito, qualquer medida governamental, executiva ou judicial que vise proporcionar, tutelar e garantir um direito social, tal qual ao lazer, à moradia e, outrossim, ao

12 Em pesquisa divulgada pela revista “O Globo” há alguns anos, perguntados sobre o que o entrevistado faria para os domingos no Rio de Janeiro serem ainda melhores, 13% responderam a existência de mais meios de condução. Isto é, corroborando o sustentado, é irrefutável a relevância dos meios de transporte na vida cotidiana das pessoas, seja, repita-se, dentre outras coisas, para a escolha do local de moradia, seja para o oferecimento de opções de lazer (CLÉBICAR, ano 1, p. 38). Enfim, não se deve esquecer do vultoso investimento feito na cidade do Rio de Janeiro em matéria de transportes, mas, infelizmente (com a devida *vênia* para um juízo valorado por parte dos aqui Autores), privilegiando o transporte rodoviário. Corredores de ônibus e criação dos *Bus Rapid Transit* (BRT’s) para ligação de grandes distâncias são exemplos do que ora se afirma.

13 No que se refere, ainda, à cidade do Rio de Janeiro, sempre profícuo exemplo, dada sua exposição nacional e mundial mais aguçada, além de seus graves problemas urbanos, não deixa de se posicionar Janice Caiafa. Afirma a autora, primeiramente, que o transporte coletivo expande as possibilidades de circulação, o que conduziria a uma dispersão com consequente viabilização da heterogeneização. Verdadeiramente, “ao conduzir a população para longe das vizinhanças e muitas vezes criar, em seu meio mesmo e ao longo das jornadas, um espaço de contato para os que viajam onde a mistura caracteristicamente urbana já se realiza”, está-se abrindo espaços favoráveis à heterogeneização (CAIAFA, 2002, p. 18). Aliás, algumas das revoluções e ousadias da cidade, na concepção da própria autora, seriam a fuga, a dispersão e heterogeneização, facilitadas pela existência do transporte coletivo. Entretanto, a mesma estudiosa entende que inúmeros vêm sendo os problemas enfrentados pelos grandes centros urbanos brasileiros no que se refere ao transporte coletivo. Utilizando o exemplo extraído do município do Rio de Janeiro, a tendência à privatização do movimento é característica marcante e inexorável: às classes abastadas a possibilidade do automóvel, com direcionamento dos investimentos em seu favor; aos menos favorecidos, o transporte coletivo, o qual finda por sucumbir aos interesses dominantes e de, repita-se, privatização do movimento. Conforme anuncia a mesma autora: “Não poder mover-se ou fazê-lo com dificuldade é estar desprovido numa cidade, é ser destituído da principal senha para a vida urbana” (CAIAFA, 2002, p. 21). E, concluindo, destaca: “A estratégia de garantir um bom transporte coletivo é o primeiro e mais forte caminho para corrigir os problemas do trânsito e desprivatizar a cidade” (CAIAFA, 2002, p. 25). Por fim, concomitantemente ao aduzido, merece também realce hodiernas medidas tomadas em diversos municípios brasileiros, na tentativa de estimular o uso do transporte coletivo e desestimular a utilização do privado. O rodízio de carros na cidade de São Paulo, reservadas peculiaridades e proporções de análise, não deixa de ser um exemplo, assim como outros posteriores, tais como a criação de faixas exclusivas para transportes públicos em várias vias de circulação do município do Rio de Janeiro e outros do país, com diminuição de espaços para a circulação de automóveis privados. E, no meio desta temática, vale também chamar a atenção para alguns paradoxos, os quais levam não apenas à evidência da falta de medidas planejadas e organizadas no país, mas também ao fato de que se torna sempre muito complexa a tentativa de serem solucionados graves problemas cotidianos brasileiros. Ao já mencionado exemplo do UBER, demonstração da tendência de busca por alternativas, entretanto voltadas para o transporte individual e até reputado privado, como defendem os sócios e administradores do aplicativo e meio de transporte, cabe acrescentar, a título também ilustrativo, o próprio exemplo do incentivo nacional à compra de veículos automotores como uma das locomotivas da economia brasileira, com paralela tendência, em muitas grandes cidades brasileiras, ao estímulo ao abandono do transporte privado, sobretudo por veículos próprios, em prol do transporte coletivo, conforme acima já exemplificado. Repita-se, paradoxo cruel e simbólico da falta de gestão planejada e coordenada no que tange a múltiplas políticas adotadas no Brasil.

transporte, entre ainda outros que poderiam ser aqui citados, deve levar em conta a estrutura urbana na qual o cidadão se encontra imerso, dedicando-se especial atenção a todo o acima exposto em matéria de movimentação, localização e deslocamento nas grandes cidades, questões sobremaneira importantes quando se deseja oferecer qualidade de vida e bem-estar mínimos a uma pessoa.

Portanto, por todo o asseverado, percebe-se que a questão dos transportes, intimamente ligada à já aqui citada questão urbana e a outras questões também acima mencionadas, como as diretamente vinculadas ao ambiente natural, devem todos – poderes público e privado e sociedade civil (por meio de seus grupos de pressão e organizados) – dedicar atenção especial, priorizando-a, sobretudo pelo fato de há tempos ter sido relegada a um segundo plano, uma vez que sempre se deu maior enfoque a questões politicamente mais interessantes e economicamente mais favoráveis aos anseios de determinados grupos de pressão, normalmente detentores de posição social destacada e poderes político e econômico diferenciados. Modificar tal tradição é tarefa complexa, mas da qual depende o sucesso das normas sociais com viés urbanístico-ambiental do país.

2 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 90 E O DIREITO SOCIAL AO TRANSPORTE

Feitas as preliminares, mas indispensáveis considerações sobre a figura dos transportes e de seu papel em um ambiente urbano, ou seja, preponderantemente artificial, pode-se finalmente passar para a abordagem final, seguindo-se os rumos desde o início delineados para este breve Artigo. Assim, pode-se finalmente passar para o enfrentamento do que aqui são entendidas como primeiras consequências da inserção do transporte no rol do Art. 6º da Constituição de 1988. Elenco já outras vezes acrescentado, sofre nova intervenção do poder constituinte derivado reformador para, por meio da Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015, passar a prever a referida figura do transporte como direito social e fundamental.

Antes da referida Emenda podia-se entender o direito ao transporte, também, como direito social e fundamental? No entender dos ora Autores, sim. Mas um direito social e fundamental em torno do qual dúvidas interpretativas podiam-se mostrar mais constantes; um direito mais suscetível a entendimentos variados sobre sua vigência e validade¹⁴; enfim,

¹⁴ Explanações mais precisas sobre vigência e validade serão encontradas adiante.

um direito ao transporte, antes da Emenda nº 90, mais limitado à ideia de função social da cidade, exportada do *caput* do Art. 182 da Constituição da República para as Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais¹⁵.

Certamente, a figura dos transportes também se encontra prevista – e aí desde a promulgação da Constituição – em vários outros artigos da Carta Magna brasileira em vigor. Por exemplo, nos Art. 21, inciso XX, Art. 22, inciso IX, Art. 30, inciso V etc.¹⁶, alguns dos quais já citados anteriormente, o vocábulo “transportes” exsurge, ora mais diretamente voltado ao transporte no ambiente urbano, ora também voltado a transportes que visem deslocamentos mais amplos, para além de espaços urbanos, entre estes últimos ou, até mesmo, entre áreas urbanas, formalmente denominadas rurais ou outras quaisquer¹⁷. Mas, como direito, social e, paralelamente,

15 Transcreva-se, novamente, o *caput* do Art. 182 da Constituição de 1988: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. E, a título meramente exemplificativo, perceba-se como o transporte, entre outros tantos direitos, são considerados funções sociais da cidade. Mantendo a linha constitucional de análise, mas no âmbito dos demais graus federativos, cabe ressaltar que em defesa também do transporte, especialmente o público, exsurgem outras manifestações legislativas, tais como, principalmente, conforme dito, do Poder Constituinte estadual e municipal. Neste rumo, escolhendo, mais uma vez, o Rio de Janeiro, nas figuras de Estado e Município, como ilustração, assim estabelece a Constituição do Estado do Rio de Janeiro em seu Art. 229, com especial foco para o parágrafo primeiro: “Art. 229. A política urbana a ser formulada pelos municípios e, onde couber, pelo Estado, atenderá ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade com vistas à garantia e melhoria da qualidade de vida de seus habitantes. § 1º As funções sociais da cidade são compreendidas como o direito de todo o cidadão de acesso a moradia, transporte público, saneamento básico, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação, cultura, creche, lazer, água potável, coleta de lixo, drenagem das vias de circulação, contenção de encostas, segurança e preservação do patrimônio ambiental e cultural”. Seguida pela Lei Orgânica Municipal, cujo Art. 422 assim estatui, com, igualmente, foco direcionado ao parágrafo primeiro: “Art. 422. A política urbana, formulada e administrada no âmbito do processo de planejamento e em consonância com as demais políticas municipais, implementará o pleno atendimento das funções sociais da Cidade. § 1º As funções sociais da Cidade compreendem o direito da população à moradia, transporte público, saneamento básico, água potável, serviços de limpeza urbana, drenagem das vias de circulação, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação, cultura, creche, lazer, contenção de encostas, segurança e preservação, proteção e recuperação do patrimônio ambiental e cultural”.

16 Apesar de alguns artigos já terem sido transcritos ao longo deste trabalho, vale a pena o novo realce, uma vez que o foco é levemente redirecionado: “Art. 21. Compete à União: (...) XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”; “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) IX - diretrizes da política nacional de transportes”; “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) 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”; entre outros.

17 Por exemplo, embora o foco deste breve estudo se direcione para o transporte no ambiente urbano e suas consequências, sobretudo jurídicas e a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 90/2015, deve-se sempre ter em mente que inúmeros meios de transporte há, alguns dos quais visando movimentações entre longas distâncias se comparadas às realizadas em áreas urbanas ou, até mesmo, entre estas e áreas rurais próximas. A título ilustrativo, o transporte aéreo, o transporte marítimo de alta capacidade, o transporte por helicópteros, cada dia mais comum nos principais centros urbanos, mas que pode se destinar a locomoções mais demoradas, como entre cidades e regiões de difícil acesso – montanhosas etc. -, o transporte ferroviário, sobretudo de carga, pois são raríssimos, infelizmente

fundamental, a movimentação constituinte faz com que se possa, quiçá, dar novo gás a este tão relevante direito, reclamado veementemente pela população brasileira em diversas manifestações populares e sociais¹⁸, além de alvo cotidiano de questionamentos, principalmente ligados a inovações e novas propostas. Em mais precisas palavras e, afunilando a análise, sua carência, mau funcionamento e precariedade nas principais cidades brasileiras, fez com que transportes chamados “alternativos” surgissem. Vans, moto-táxis e, mais recentemente, o próprio UBER¹⁹, são apenas exemplos de inovações na seara dos transportes que causaram e, ainda geram, conflitos, críticas, embates e posicionamentos diversos sobre o que deve e o que não deve ser permitido, aceito e/ou tolerado nos ambientes, principalmente, urbanos brasileiros.

Para além, entretanto, das questões acima levantadas, nas linhas seguintes far-se-á breve e prévio exame dos direitos sociais, de sua vigência e validade, sempre sob determinados e selecionados pontos de vista teóricos. Contudo, a partir de algumas premissas ou, simplesmente, indagações, a serem ou não confirmadas ou respondidas. Nesse sentido, perguntas como “algo muda com a inserção do transporte no rol do Art. 6º da Constituição?”; “passando a ser considerado, ainda que formalmente, direito social, qual a extensão deste “novo” direito (gratuidade)?”; “passaria a poder ser invocado em face do Poder Judiciário, buscando-se uma postura ativista deste em prol do referido direito (Judiciário obrigar o Estado a criar transporte para áreas por ele não abarcadas; Judiciário obrigar Estado a melhorar a oferta em locais com escassez – maior número de linhas de ônibus, maior quantidade da mesma linha; novos meios etc.)?”. Enfim, tantas e tantas perguntas, para também várias e várias respostas e hipóteses a serem levantadas e criadas. Tentar-se-á, portanto, ainda que com a rapidez ligada aos limites deste breve estudo, enfrentar as questões acima de modo a, senão trazer soluções e respostas, fomentar já uma maior reflexão sobre o tema, assim como a incentivar pesquisas, interpretações e

– aqui se pedindo mais uma vez licença para um juízo de valor pelos Autores -, os investimentos, no país, em transportes ferroviários de passageiros, principalmente entre longas distâncias, entre tantos outros exemplos que aqui poderiam ser mencionados.

18 Vale lembrar que as próprias manifestações de junho de 2013, possível reflexo de um processo iniciado anteriormente em diversas partes do mundo (CASTELLS, 2012), tiveram como um dos seus pontos centrais de partida e, respectivamente, reivindicação, o pleito por gratuidade dos transportes para todos e a melhoria dos serviços, com, inclusive, redução das tarifas cobradas (BONIZZATO, 2014, p. 118-145).

19 Com exceção da figura denominada “moto-taxi”, comum em várias cidades do país, os exemplos das Vans e do UBER já foram anteriormente mencionados, com breves comentários respectivamente tecidos.

desdobramentos futuros.

Na direção então proposta, que logo se inicie o exame desejado já com menção clara a mais uma nova redação do Art. 6º, da Constituição Republicana:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição²⁰.

Assim, dando sequência ao intento de abordagem dos direitos sociais, entendido como fundamental a este Artigo, qualquer exame que tenha por objetivo uma interpretação aprofundada das normas constitucionais portadoras de direitos sociais não se pode desvincular da avaliação paralela de institutos variados, dentre os quais o da fundamentalidade de alguns direitos, o de sua eficácia, efetividade, vigência e validade, além da interdisciplinaridade imanente ao bom intérprete. Neste sentido, ao se pensar em direitos sociais, sobretudo nos presentes e elencados na Constituição brasileira em vigor, deve-se imediatamente pensar, também, em sua posição constitucional, a fim de que se possa, no mesmo rumo, identificar a sua real aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta linha, indubitável se mostra que direitos constitucionalmente previstos como a educação, a saúde, a segurança, o lazer, a moradia, a alimentação e, agora, o próprio transporte, comportam uma série de desdobramentos epistemológicos e teórico-metodológicos, conduzindo o pesquisador a inúmeras divagações e, por conseguinte, a variados pontos de análise e reflexão.

De acordo com o que ora se propõe, entretanto, dedicar-se-á atenção privilegiada a apenas alguns destes pontos de reflexão, a partir dos quais se tentará atingir os ideais desejados, quais sejam, o de enfrentamento exordial da chamada socialização do direito ao transporte e de suas consequências primeiras no âmbito de questões relacionadas ao ambiente urbano. Em outras palavras, buscar-se-á averiguar a relação existente entre direitos sociais, em sua essência, e direitos ligados ao ambiente urbano, muito bem representados nas cidades brasileiras.

²⁰ Fala-se em “mais uma nova redação” porque tal artigo já foi alvo de quatro redações: a originária, surgida quando da promulgação da Constituição de 1988; a decorrente da Emenda Constitucional nº 26/2000, que acrescentou o direito à moradia no rol do dispositivo; a trazida pela Emenda Constitucional nº 64/2010, a qual inseriu o direito à alimentação no elenco do artigo; e a redação proveniente da Emenda Constitucional nº 90/2015, que inseriu o transporte no rol do Art. 6º, estabilizando-o como direito social e fundamental na e a partir da Constituição da República Federativa do Brasil.

Com efeito, partindo para a avaliação anunciada, é mister declarar desde logo que muitos direitos sociais hoje vigentes em nosso ordenamento jurídico e sacramentados em nossa Carta Magna são comumente definidos como meras intenções governamentais, isto é, como programas de governo estampados no Documento Legal Mor do país.

Não foi assim à toa que a doutrina nomeou muitas normas portadoras de direitos sociais de normas programáticas, tendo em vista o nítido teor programático de seus conteúdos.

Na linha aduzida, José Carlos Vasconcellos dos Reis assim atenta para as normas sociais também denominadas programáticas (REIS, 2003, p. 66):

Como os direitos sociais são, em regra, típicos direitos a prestações – o que tem consequências importantes no que tange à sua efetivação, especialmente pela via processual –, o reconhecimento de um tal direito público subjetivo não deve e não pode ser feito de maneira precipitada, porque, muitas vezes, um “direito social” constitucional é norma programática.

Ingo Wolfgang Sarlet, também se debruçando sobre o assunto, salienta que as normas ditas programáticas melhor seriam definidas como normas de cunho programático. Neste sentido, assim destaca (SARLET, 2001, p. 269):

Assim sendo, entendemos justificada a nossa opção de adotar a expressão genérica “normas constitucionais” de “cunho programático” (e não normas programáticas), para nela enquadrarmos todas as normas (normas-programa, normas-tarefa, normas-fim [ou objetivo], imposições legiferantes, etc.) que, em princípio e independentemente da terminologia utilizada, reclamam uma concretização legislativa, sem desconsiderar eventuais especificidades, já que a diversa carga eficaz (em regra de natureza jurídico-objetiva) destas normas não pode ser abstratamente fixada, dependendo do conteúdo de cada norma. Não esqueçamos, neste contexto, que, dentre as diversas formas de positivação dos direitos sociais prestacionais nos textos constitucionais, a opção do Constituinte costuma – e não apenas no caso brasileiro – recair sobre as modalidades ora referidas.

Portanto, muitos dispositivos hoje presentes na Constituição brasileira são reputados, para abalizada doutrina, normas de cunho meramente programático.

Mas o que significa dizer que uma norma é programática?

Para muitos autores, definir uma norma como programática significa afirmar que reproduz apenas um programa de governo, não representando, pelo menos em um primeiro momento, nenhum direito subjetivo do cidadão. Com efeito, quando previu o legislador constituinte originário pátrio o direito à saúde como direito social básico, assim como o direito ao lazer e ao salário mínimo, nos termos do art. 7º, inc. IV, da Constituição de 1988, antes de tudo, estabeleceu objetivos a serem atingidos, desvinculando-se, de forma imediata, da criação de direitos subjetivos pleiteáveis em face do Poder Judiciário.

Uma das principais argumentações utilizadas tanto por juristas, quanto por membros integrantes dos Poderes da República, a fim de sustentar o caráter programático de tais normas é justamente a precária situação financeira do Estado brasileiro. Ou seja, por não ter recursos suficientes para o cumprimento e atendimento de todas as normas sociais existentes na Constituição, deve-se realmente considerá-las simples intenções governamentais, materializando-as o Estado na exata medida de suas verbas disponíveis.

No rumo das considerações apenas tecidas, manifesta-se Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2001, p. 292):

Como já assinalado, em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontram (ao menos de acordo com a doutrina majoritária) sob uma reserva do possível, circunstância que, por sua vez, implica uma necessária tomada de decisão a respeito da destinação de recursos públicos, cometida aos órgãos políticos e para tanto legitimados.

Certamente, sabendo-se da existência desta reserva do possível²¹,

21 E, em abordagem específica das políticas públicas no país, assim se pronuncia Eduardo Appio: “A argumentação dos governos consiste em afirmar que o Poder Judiciário não pode atuar de forma positiva, considerando que a definição dos valores a serem destinados a um determinado programa social depende da vontade do Poder Executivo, o qual encaminha a lei orçamentária anual, e ao Congresso Nacional, que tem a incumbência de aprová-la e mesmo de emendá-la. Ademais, o Poder Judiciário teria de indicar as fontes dos recursos destas novas despesas, o que esbarra na chamada ‘reserva do possível’ (...)” (APPIO, 2006, p. 175). Já em direção mais específica e ligada à própria noção de reserva do possível, em sua defesa expõe J. J. Gomes Canotilho: “Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro no cofres públicos” (CANOTILHO, 2003, p. 481). Com uma visão, assim, mais reducionista da própria vinculação do Estado aos direitos sociais, o constitucionalista português vai no rumo da noção de vinculação do Estado não aos direitos sociais constitucionalizados como um todo, mas, sim, à garantia do que se denomina “mínimo social”, que já estaria primariamente ligada ao próprio dever dos poderes públicos de garantir a dignidade da

poder-se-ia perfeitamente afirmar, já em linha de confronto, que a Constituição não é espaço destinado a depósito de programas governamentais. É documento, antes de tudo, legal, com força jurídica e, portanto, normativa²². Desta maneira, suas normas traduziriam invariavelmente direitos pleiteáveis por seus destinatários a qualquer tempo perante o Poder Judiciário, não somente a partir de preceitos e princípios básicos, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também a partir e, diretamente, dos próprios direitos sociais e fundamentais. Deveria o legislador constituinte ter-se preocupado, no momento da elaboração do texto, com a quantidade e a qualidade dos direitos a serem inseridos na Constituição, levando-se em conta, principalmente, as capacidades financeiras do Estado. Desanimador realmente se torna retirar a aplicabilidade imediata de muitas e importantes normas constitucionais, sob o argumento de que o Estado não possui condições financeiras de arcar com sua aplicação. Nestes termos, conduz-se a Constituição, Lei Maior pátria, ocupante do ápice da pirâmide normativa, à posição de mera “*folha de papel*”, conforme bem observado por Ferdinand Lassale (LASSALE, 2000), emprestando um sentido sociológico à Constituição.

Portanto, em que pese a qualidade indiscutível de muitos posicionamentos de juristas e variados estudiosos, no sentido de conferir aos direitos sociais a marca programática, hodiernas concepções também denotam uma nova abordagem do Texto Magno, deveras muito mais comprometida com os interesses de cada cidadão tutelados pela Constituição²³.

Neste sentido, os direitos sociais ultrapassariam a esfera de previsões constitucionais representativas de intenções de melhoria do Estado e, em última análise, das condições de vida no país, passando a ser considerados normas não apenas vigentes, mas também plenamente válidas. E isto mesmo depois de passado o período de festejo ao ativismo judicial, contra o qual se passou a cada vez desferirem críticas, surgirem teorias reducionistas, sobretudo em razão de um fortalecimento institucional que findou por ser reputado excessivo dentro do sistema de equilíbrio de Poderes da

pessoa humana, afastando-se uma densificação jurídico-constitucional de direitos sociais (CANOTILHO, 2003, p. 480-482).

22 Com relação à força normativa da Constituição, nunca é demais se lembrar da expressão, classicamente trabalhada por Konrad Hesse, em seu “A força normativa da Constituição” (HESSE, 1991).

23 Paralelamente, sem dúvida, deve-se ter em mente que gradações, análises concretas e dialógicas entre Poderes e instituições podem fortalecer a maneira pela qual se poderá atender a um pleito pela realização de um direito social, sem, entretanto, apenas e tão-somente engessar o texto constitucional e sua validade a partir de uma, muitas vezes, vazia, direta, imediata e insuficientemente motivada decisão negativa do Poder Público. A busca permanente e constante, quem sabe, por um equilíbrio entre as noções de programaticidade e de eficácia máxima dos direitos sociais estampados na Constituição.

nação brasileira.

Conforme anuncia Luigi Ferrajoli, há diferença marcante entre vigência e validade. Nos termos por ele definidos, a vigência de uma norma mais se aproximaria da ideia de norma regularmente elaborada. Em palavras mais precisas, norma vigente é aquela criada e formada em respeito incondicional ao devido processo legal processual. Seguindo o legislador, rigorosamente, as regras impostas para a elaboração das variadas espécies normativas, a lei resultante de tal trabalho será necessariamente vigente, ou seja, vigorará no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo literalmente expõe Luigi Ferrajoli, acerca de vigência e validade (FERRAJOLI, 2002, 21-22):

Se trata, pues, de dos conceptos asimétricos e independientes entre sí: la vigencia guarda con la forma de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de correspondencia de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación; la validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción²⁴.

Portanto, em prol dos direitos sociais – máxime quando constitucionalizados - e da validade necessária às normas constitucionais, conforme acima se arriscou defender, não devem os referidos direitos previstos na Constituição brasileira de 1988 ser reputados normas apenas vigentes. Além de vigentes, uma vez que elaboradas foram sob os rigores do processo constituinte, a elas deve ser emprestada também a validade, a fim de que transcendam a esfera da existência e alcancem o patamar da efetividade. É certo que os aproximados 30 (trinta) anos de existência da Constituição da República levaram a experiências diversas, uma das quais o inchaço e a exacerbação de poderes em torno do Poder Judiciário, justamente por, ao a ele serem conduzidas questões relativas à aplicação direta de direitos sociais previstos na Constituição, teve que decidir e, ao assim agir, findar por tornar-se verdadeira e excessivamente – conforme acima apenas já salientado - “ativo” e um próprio promovedor de políticas públicas, tradicional e comumente entregues à concretização pelo Poder Executivo²⁵. De todo

²⁴ Do mesmo autor, entre vários estudos, conferir o trabalho intitulado *Principia iuris* (FERRAJOLI, 2007), assim como o mais recente, intitulado, em tradução livre, “*A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*” (FERRAJOLI, 2014).

²⁵ Vários são os trabalhos, aqui e em outros países, que estudam o fenômeno de inchaço do Poder Judiciário. Entre vários que poderiam ser aqui citados, vale também a pena conferir os intitulados “*O Judiciário como superego da sociedade*” (MAUS, 2010) e “*O Judiciário e as políticas públicas: entre*

modo, com todo arsenal de críticas contemporaneamente voltadas ao agir judicial, a problemática teórica persiste e continua a merecer especial relevo em estudos como o presente.

Todavia, algumas considerações comportam ainda o devido realce, a fim de que se possa melhor avançar no entendimento do tema. Além das características da vigência e validade, deve ser também salientada uma característica intermediária, denominada eficácia.

Segundo o que ora se propõe, pode uma norma ser vigente, ineficaz e inválida; vigente, eficaz e inválida; e, por fim, vigente, eficaz e válida²⁶.

No primeiro caso, está-se diante de norma perfeitamente elaborada, mas não eficaz nem mesmo válida, em razão, muitas vezes, da dependência desta norma de legislação posterior complementadora e que lhe confira eficácia. Assim, a norma, apesar de estar em vigor, não produz efeitos imediatos, seja porque sua eficácia dependeria da elaboração de nova lei complementadora, seja porque substancialmente não aplicável. Da mesma forma, muitas normas programáticas são definidas como ineficazes, já que, mesmo que não dependam de lei complementadora, estariam vinculadas a possibilidades políticas para a sua aplicabilidade.

Já no segundo caso, está-se diante de norma perfeitamente elaborada, não dependente de legislação complementar, mas não adequada aos anseios do grupo social para a qual foi direcionada. Neste caso, a invalidez é patente, tendo em vista que a norma não defende nem traduz nenhum interesse dos cidadãos.

Enfim, na terceira situação anteriormente levantada, a norma vigente, eficaz e válida é aquela que, elaborada nos exatos termos da lei, apta a produzir plenos efeitos no momento de sua entrada em vigor, também corresponde aos interesses das classes ou grupos em respeito aos quais foi elaborada. Assim, estar-se-ia diante de norma consentânea aos fins para os quais foi criada.

transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais” (SILVA, 2008), respectivamente de Ingeborg Maus e de Virgílio Afonso da Silva. A judicialização de inúmeras e variadas questões, sobre os mais diversos assuntos e temáticas, conforme anunciado, leva o Judiciário, sobretudo por meio de sua cúpula, com maior exposição social e, por consequência, também maior poder de influência, composição de ideias e formação de opiniões, a se transformar em um condutor moral e cultural dos rumos da nação, chegando inúmeras vezes ao ponto de substituir não apenas legisladores ou executores, mas também outras forças sociais, para além do próprio do poder público brasileiro.

26 A ideia de validade aqui apresentada muito se aproxima da noção de efetividade, trabalhada por diversos autores, dentre eles Luís Roberto Barroso, segundo o qual: “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.” (BARROSO, 2000, p. 85)

Por conseguinte e na linha proposta, entende-se que os direitos sociais devem ser enquadrados no terceiro caso apenas mencionado: encarados como normas vigentes, eficazes e válidas, facultando ao cidadão interessado em seu cumprimento a possibilidade de invocar a prestação jurisdicional para ver seu direito garantido.

Outrossim, é importante notar que Luigi Ferrajoli faz profícua distinção entre expectativas positivas e expectativas negativas dos cidadãos. Em seus dizeres, assim se posiciona, sempre em defesa, antes de tudo, da própria validade da Constituição enquanto documento maior dentro de um Estado: *“Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer”* (FERRAJOLI, 2000, p. 23-24).

Nesta linha, entendendo os direitos sociais como expectativas positivas, deve o cidadão interessado agir em busca da satisfação do seu direito, invocando, repita-se, a prestação jurisdicional ou qualquer outro meio de acesso ao Poder Estatal²⁷ para a consecução de seus objetivos. E ao Estado competirá agir no rumo da satisfação destas expectativas positivas, em prol da salvaguarda maior dos direitos fundamentais, mas sempre e, cada vez mais, atento à necessária dialogia com outros órgãos e instituições (SUNSTEIN, 2002), a fim de que a pecha de um ativismo insensato e descabido (VERMEULE, 2006) comece a diluir-se e a ser gradativamente mitigada no país.

Vencida, assim e, reforce-se, sob visão teórica selecionada, a etapa da qualificação dos direitos sociais, antes de se caminhar para a conclusão, ligada às questões suscitadas sobre a inclusão do direito ao transporte no rol do Art. 6º da Constituição da República, por meio da Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015, nunca é demais lembrar e frisar a fundamentalidade dos direitos sociais. E, ressalte-se, afirmar que os direitos sociais são fundamentais, implica, necessariamente, defender sua petrificação, nos termos do art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição da Repú-

²⁷ Até mesmo, respeitadas as devidas proporções e particularidades, por meio do próprio direito de petição, previsto no art. 5º, inc. XXXIV, da Constituição da República, que assim estatui: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...)”. Quantas não são as vezes em que o cidadão sofre verdadeiros atentados contra sua pessoa, bens e dignidade, em casos de manifesto abuso de poder e/ou ilegalidades e se vê, quando muito, restrito a procurar o já abarrotado Poder Judiciário, ativista e politizado conforme a complexidade das relações e funcionamento desenrolados *interna e externa corporis*.

blica. Entendendo “direitos individuais” como fundamentais²⁸, tem-se que todo o rol de direitos fundamentais previsto na Constituição brasileira não comportaria qualquer modificação redutiva. Isto é, a imutabilidade relativa levaria à impossibilidade de alteração de direitos fundamentais, a não ser no intuito de aprimorá-los ou os incrementar, como no caso que aqui se estuda, no qual se acrescentou o direito ao transporte ao elenco dos direitos sociais. Mas sem qualquer supressão.

Portanto, confirmando-se o entendimento que se esboça e, a partir da mencionada, necessária e constante dialogia institucional no país, por também serem os direitos sociais considerados fundamentais, devem poder ser, a qualquer tempo, pleiteados perante o Estado, conferindo-se aos cidadãos brasileiros a garantia de inúmeros direitos estampados na Carta Magna nacional.

Destarte, pode-se facilmente perceber que para um mais consentâneo e adequado funcionamento da Constituição brasileira de 1988, vale dizer, para uma contínua mais ampla e vasta aplicação e extensão de suas normas, sobretudo as de caráter social, devem os direitos sociais ser encarados e interpretados de maneira tal que sua vigência, eficácia e validade sejam sempre proclamadas não somente pelos Tribunais pátrios, mas também pelo Estado em seu sentido mais amplo e por toda sociedade civil interessada. Não há dúvidas de que desequilíbrios institucionais, conforme anunciado anteriormente, podem-se fazer presentes, caso das intensas críticas direcionadas ao Poder Judiciário nos últimos anos. Mas, por outro lado, de acordo com o já anunciado, não se deve criar conduta radicalmente contrária e oposta, de modo a, ao final do processo, findar por esvaziar aquilo que sempre se deve mais proteger, isto é, a Constituição nacional (VERMEULE, 2011).

Por consequência de todo o acima exposto e explanado, no que tange especificamente ao direito social ao transporte, um novo momento pode estar a ser instaurado no país. Mas tudo dependerá do desenrolar dos fatos, de condutas a serem adotadas pelas instituições brasileiras e da

28 Para os fins ora propostos são então considerados fundamentais os direitos sociais previstos na Constituição brasileira. Empresta-se a já um tanto quanto sedimentada interpretação ao art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição, a fim de que se repute também imutáveis os direitos fundamentais e não apenas os individuais. Neste sentido, todos os direitos sociais, por serem também fundamentais, não comportariam qualquer alteração, salvo em caso de acréscimo de direitos. Na mesma linha, conferir Ingo Wolfgang Sarlet para quem “os direitos e garantias individuais referidos no art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos)” (SARLET, 2001, p. 367). O citado autor reforça argumentação no sentido de defender a tese de que se deve interpretar extensivamente o art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição, estendendo assim aos direitos fundamentais a petrificação literalmente conferida aos direitos e garantias individuais.

maneira pela qual se encarará a chegada do transporte ao rol do por vezes citado Art. 6º. As perguntas formuladas no início deste capítulo 02, assim, são apenas pontapés iniciais em um processo de análise que se seguirá por meio de outras pesquisas e investigações e que deverá, necessariamente, ser constante.

Deveras, se, nada obstante o ordenamento jurídico e a própria natureza do transporte enquanto instituto, ter sempre levado a crer estar-se diante de um direito fundamental e social, quaisquer dúvidas se dissipam a partir de sua previsão expressa no rol do Art. 6º. E, para além disso, tal previsão acaba por naturalmente enrobustecer o direito ao transporte, pelo simples, mas tão importante fato de passar a ser direta e precisamente previsto como direito social e fundamental. Por conseguinte, realmente, encontra-se o ordenamento jurídico brasileiro e sociedade brasileira, subdividida em seus mais variados grupos, diante, sim, de uma nova realidade, ainda que previsível e sem consequências inovadoras, sob certo ângulo; portadora de novos ares e possibilidades, sob outro; enfim, criadora de novos direitos, sob ainda um outro e distinto olhar.

Se se pensar de forma análoga aos demais direitos contidos no próprio Art. 6º, tal como é o caso da educação e da saúde, pode o país, verdadeiramente, deparar-se com o pleito por um direito agora diferenciado, pleiteável em face do Poder Público até mesmo para novas situações fáticas. Por exemplo, se hoje algumas leis brasileiras garantem gratuidade no transporte público para determinadas categorias de pessoas ou grupos sociais (idosos, determinados estudantes etc.), como não imaginar uma pessoa que habite em um local onde não haja oferta de transportes em um raio geográfico razoável, ingressar com pedido para que o Estado faça ali chegar o transporte?²⁹ Estar-se-ia diante de aplicação direta de um direito social, constitucional, não atendido pelo Estado. Situação semelhante à do final parágrafo anterior pode perfeitamente ocorrer, portanto e, também, para o pleito de novas gratuidades, eventualmente não previstas nem contempladas por nenhuma lei existente e a partir de novos argumentos que tenham por base o caráter social, fundamental e constitucional de um direito agora inserido e previsto, expressamente, no rol do Art. 6º da Constituição.

Por conseguinte, a abrangência e extensão do direito ao transpor-

²⁹ E tal ideia vale, certamente, para casos em que, mesmo havendo transporte para determinada área, o que existe ser precário e/ou insuficiente. A extensão e alcance da Emenda Constitucional nº 90, portanto, será definido na medida em que a sociedade e seus grupos, assim como o próprio Poder Público, forem dando o real e prático entendimento ao direito ao transporte inserido no Art. 6º da Constituição de 1988.

te, nos termos exatos do consolidado Art. 6º da Constituição da República, serão realmente alvo de construção cotidiana, constante e calcada na atuação precípua e primordial de entes públicos, grupos sociais das mais diversas origens e naturezas, instituições públicas e privadas e, naturalmente, do Poder Público brasileiro amplamente concebido. Um direito tão importante e relevante, que envolve matérias ligadas a tantos e tantos ramos do Direito, conforme desde o início deste trabalho salientado, pode estar a se deparar com uma nova Era, um novo momento. Com toda certeza? Certamente, não. Pois dos desenrolar e desdobramentos sociais, de cujo Direito faz uso permanente e constante, dependerá o que está por vir em matéria de transportes e suas consequências ambientais, urbanas, jurídicas e fáticas. Mas, aí sim, com toda certeza, haverá algo de novo na Constituição republicana a ser considerado e, jamais, ignorado. Exatamente, o que pretendeu aqui se estudar e estimular: o direito constitucional, social e fundamental ao transporte, a partir de suas bases ambientais e/ou urbanas.

CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015, definitivamente pode, apenas e certamente, confirmar a natureza social de um direito já previsto, tanto a nível constitucional, quanto em seara infraconstitucional, como, repita-se, socializado. Entretanto, por outro lado, pode, também, significar um mais amplo caminho para o avanço na sua garantia, melhoria e tutela.

O direito ao transporte, hoje então já formalmente reputado um direito social e fundamental, nos termos da redação vigente da Constituição de 1988, apresenta-se envolto por uma série de influências exercidas por variados ramos jurídicos e do saber. Como visto ao longo do Artigo, pensar em transporte significa, em um patamar ainda mais amplo, concomitantemente pensar em meio ambiente natural e, principalmente, artificial; em normas jurídicas e, sobretudo, direitos constitucionalizados no país, portador de uma Constituição extensa, dirigente e na qual restam previstas múltiplas garantias para os cidadãos brasileiros, o que faz também com que, sob um enfoque menos amplo e mais específico, o mesmo transporte, enquanto instituto, atraia e se aproxime de questões ligadas à moradia, à proteção ambiental, ao funcionamento de cidades, ao planejamento e gestão urbanas, à sustentabilidade, assim como, por corolário, ao bem-estar social e à qualidade de vida, coletivamente encarados.

Que a recente labuta constituinte por parte do correspondente legislador brasileiro seja mais um estímulo à melhoria dos transportes no país e que, da mesma forma, fomenta o contínuo e fundamental debate teórico-acadêmico, medidas prático-administrativas e novas possibilidades para um incremento qualitativo nessa seara. Indagações já naturalmente surgiram. Que surjam, então, tentativas de respostas a partir dos desdobramentos e interpretações a serem dadas, dia após dia, tanto pelos Poderes constituídos, quanto pelos mais diversos grupos sociais brasileiros.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri (Org.). *A duração das cidades*. Rio de Janeiro: DP & A, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BONIZZATO, Luigi. *Constituição, Democracia e Plano Diretor, sob o influxo dos direitos sociais e de liberdade, políticas estatais e institucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BONIZZATO, Luigi. *A Constituição Urbanística e elementos para a elaboração de uma teoria do Direito Constitucional Urbanístico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CAIAFA, Janice. *Jornadas urbanas: exclusão, trabalho e subjetividade nas viagens de ônibus na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 07. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2012.

CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. Tradução de Arlene Caetano. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CLÉBICAR, Tatiana. *Domingo é a cara do Rio: pesquisa revela quais são os programas favoritos dos cariocas no fim de semana*. O Globo. Rio de Janeiro,

n. 0, ano 1, p. 38.

CORRÊA, Vera Lúcia de Almeida; VERGARA, Sylvia Constant (Orgs.). *Propostas para uma gestão pública municipal efetiva*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

DOWBOR, Ladislau. *A reprodução social*. Petrópolis: Vozes, 2003. 3. v.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria Del diritto e della democrazia*. V. I, II e III. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. 03. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

FOLADORI, Guillermo. *Limites do desenvolvimento sustentável*. Campinas: Unicamp, 2001.

HARVEY, David. *A produção do espaço capitalista*. 2. ed. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Annablume, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JACOBS, Jane. *Morte e vida de grandes cidades*. Tradução de Carlos S. Mendes Rosa. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LIRA, Ricardo Pereira. *Campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Riex, [s.d.].

LIRA, Ricardo Pereira. *Missões da universidade: a reforma agrária e a reforma urbana*. Rio de Janeiro: UERJ, 1997.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 02. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SARMENTO, Daniel, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Marcelo Lopes de. *Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

SUNSTEIN, Cass R., VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions* (July 2002). U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 156; U Chicago Public Law Research Paper No. 28. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=320245> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.320245>.

VASCONCELLOS, Eduardo A. *Transporte urbano, espaço e equidade: análise das políticas públicas*. São Paulo: Annablume, 2001.

VERMEULE, Adrian. *The system of the Constitution*. New York: Oxford University Press, Inc., 2011.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

Artigo recebido em: 17/10/2016.

Artigo aceito em: 29/11/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

BONIZATO, Luigi; BONIZZATO, Alice Ribas Dias. A Emenda Constitucional nº 90 e possíveis desdobramentos sobre o direito social ao transporte em ambientes artificiais brasileiros. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 341-369, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/911>>. 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.



Dom Helder

ESCOLA DE DIREITO

