

---

# 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

**Secretário de Edição:**

Rondnelly Nunes de Assis

**Revisão de Originais:**

Hedy Lamar Barbosa de Oliveira

Leticia Campolina Marques Ferreira

**Editoração, arte-final, capa:**

Rômulo Garcias

**Edição e Distribuição:**

Editores Dom Helder

**Impressão:** O Lutador

**Tiragem:** 200 Exemplares

**Periodicidade:** quadrimestral

**Versão Eletrônica:**

<http://www.domhelder.edu.br/revista>

---

Ficha catalográfica

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

v. 14, n. 29, Mai./Ago. 2017. (Ed. Dom Helder)

ISSN 1806-3845 (Impresso)

ISSN 2179-8699 (Eletrônico)

1. Direito – periódicos, 2. Desenvolvimento sustentável - periódicos,

3. Direito ambiental - periódicos. I. Título.

CDU 34(05)

CDD 340.05

---

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

---

### EXPEDIENTE:

**Editor:** Elcio Nacur Rezende

### Conselho Editorial

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

### Conselho Avaliador

Amelia do Carmo Sampaio Rossi - Universidade Federal do Paraná (UFPR) - Curitiba/PR, Brasil. Angela Cassia Costaldello - Universidade Federal do Paraná (UFPR) - Curitiba/PR, Brasil. Celso Maran de Oliveira - Universidade Federal de São Carlos (Ufscar) - São Carlos/SP, Brasil. Christiane Heloisa Kalb - Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (Cesusc) - Florianópolis/SC, Brasil. Cleide Calgaro - Universidade de Caxias do Sul (UCS) - Caxias do Sul/RS, Brasil. Enio Waldir da Silva - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijui) - Ijuí/RS, Brasil. Everton das Neves Gonçalves - Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) - Florianópolis/SC, Brasil. Fernanda Andrade Almeida - Universidade Federal Fluminense (UFF) - Macaé/RJ, Brasil. Fernando Antonio de Carvalho Dantas - Universidade Federal de Goiás (UFG) - Goiânia/GO, Brasil. Fernando Joaquim Ferreira Maia - Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE) - Recife/PE, Brasil. Flávio Jose Nery Conde Malta - Universidade de Taubaté (Unitau) - Taubaté/SP, Brasil. Fulvia Helena de Gioia - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) - São Paulo/SP, Brasil. Gabriela Garcia Batista Lima Moraes - Universidade de Brasília (UnB) - Brasília/DF, Brasil. Hanna Sonkajärvi - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Rio de Janeiro/RJ, Brasil. Jacyara Farias Souza - Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) - Sousa/PB, Brasil. Joaquim Shiraishi Neto - Universidade Federal do Maranhão (UFMA) - São Luís/MA, Brasil. José Irivaldo Alves de Oliveira Silva - Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) - Sumé/PB, Brasil. José Osório do Nascimento Neto - Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil) - Curitiba/PR, Brasil. Luciana Costa da Fonseca - Centro Universitário do Pará (Cesupa) - Belém/PA, Brasil. Marcia Andrea Bühring - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) - Porto Alegre/RS, Brasil. Marcos Jorge Catalan - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) - São Leopoldo/RS, Brasil. Mariana Ribeiro Santiago - Universidade Nove de Julho (Uninove) - São Paulo/SP, Brasil. Neuro José Zambam - Faculdade Meridional - Passo Fundo/RS, Brasil. Rafael Burlani Neves - Universidade do Vale do Itajaí (UniVali) - Itajaí/SC, Brasil. Raíssa Moreira Lima Mendes Musarra - Universidade Federal do Pará (UFPA) - Belém/PA, Brasil. Renato Braz Mehanna Khamis - Universidade Santa Cecília - Santos/SP, Brasil. Roberto Hofmeister Pich - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) - Porto Alegre/RS, Brasil. Rosemary Ferreira de Andrade - Universidade Federal do Amapá (UFAM) - Macapá/AP, Brasil. Sebastião Sérgio da Silveira - Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp) - Ribeirão Preto/SP, Brasil. Soraya Giovanetti El-Deir - Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE) - Recife/PE, Brasil. Thami Covatti Piaia - Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Santo Ângelo/RS, Brasil. Valmir Cesar Pozzetti - Universidade Federal do Amazonas (UFAM) - Manaus/AM, Brasil. Valter Moura do Carmo - Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) - Florianópolis/SC, Brasil. Vilma de Fátima Machado - Universidade Federal de Goiás (UFG) - Goiânia/GO, Brasil. Wilson José Figueiredo Alves Junior - Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) - Campinas/SP, Brasil.

### Indexadores:

Academic Resource Index; BASE - Bielefeld Academic Search Engine; Blook; Capes Periódicos; Catàleg Col·lectiu de les Universitats de Catalunya; CCN (Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas) – Ibiect; 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 **EL CONTROL PÚBLICO DESDE LA DIMENSION AMBIENTAL**  
*PUBLIC CONTROL FROM THE ENVIRONMENTAL DIMENSION*  
*Alcides Francisco Antúnez Sánchez*  
*Lucas Guanoquiza Tello*
- 55 **O NASCIMENTO DO DIREITO À ALTERIDADE NA CIDADE**  
*THE BIRTH OF THE RIGHT TO ALTERITY IN THE CITY*  
*Émilien Vilas Boas Reis*  
*Bruno Torquato de Oliveira Naves*
- 81 **ACORDO DE PARIS: REFLEXÕES E DESAFIOS PARA O REGIME INTERNACIONAL DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS**  
*PARIS AGREEMENT: REFLECTIONS AND CHALLENGES FOR THE INTERNATIONAL CLIMATE CHANGE REGIME*  
*Fernando Cardozo Fernandes Rei*  
*Alcindo Fernandes Gonçalves*  
*Luciano Pereira de Souza*
- 101 **A “CASACOMUM”: POR UMA EPISTEMOLOGIA DO CUIDADO E DA JUSTIÇA PARA A AMÉRICA LATINA**  
*THE “COMMOM HOME”: FOR AN EPISTEMOLOGY OF CARE AND JUSTICE TO LATIN AMERICA*  
*Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino*  
*Neuro José Zambam*
- 125 **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL**  
*FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF ENVIRONMENTAL TAXATION*  
*Itamar da Silva Santos Filho*  
*Paulo Rangel Araújo Ferreira*
- 153 **A INDISPONIBILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE**  
*THE UNAVAILABILITY OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ENVIRONMENTAL PROTECTION*  
*Renato Braz Mehanna Khamis*
- 175 **A LEI N. 13.123/2015 E O RETROCESSO NA PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS**  
*LAW N. 13.123/2015 AND THE SETBACK IN THE TRADITIONAL KNOWLEDGE PROTECTION*  
*Eliane Cristina Pinto Moreira*  
*Leandro Barbalho Conde*

---

# Sumário

- 207 **CRISE DA RACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE NO MERCADO DE COMBUSTÍVEIS NO ESTADO DA PARAÍBA**  
*RATIONALITY CRISIS AND SUSTAINABILITY IN THE MARKET OF FUELS IN THE STATE OF PARAÍBA*  
*Ana Celecina Lucena da Costa Rangel*  
*Belinda Pereira da Cunha*  
*Renan Aversari Câmara*
- 229 **THE APPLICATION OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN INTERNATIONAL LAW: AN ANALYSIS OF THE CONTRIBUTION OF THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA**  
*A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DA CONTRIBUIÇÃO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA O DIREITO DO MAR*  
*Tiago Vinicius Zanella*  
*Ricardo Pereira Cabral*
- 261 **A INFLUÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO ANDINO CONTEMPORÂNEO NA FORMAÇÃO DE UM PARADIGMA ACERCA DA AGROECOLOGIA**  
*THE INFLUENCE OF ANDEAN CONSTITUTIONALISM ON THE FORMATION OF A NEW AGROECOLOGICAL PARADIGM FOR LAW*  
*Antônio Carlos Wolkmer*  
*Marina Demaria Venâncio*
- 293 **A RECUPERAÇÃO DE DANOS ECOLÓGICOS NO DIREITO BRASILEIRO**  
*THE ECOLOGICAL DAMAGES RECOVERY UNDER THE BRAZILIAN LAW*  
*Paulo de Bessa Antunes*
- 323 **O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: CONTORNOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS**  
*THE HUMAN RIGHT TO SUSTAINABLE DEVELOPMENT: HISTORICAL AND CONCEPTUAL CONTOURS*  
*Cristhian Magnus De Marco*  
*Orides Mezzaroba*
- 351 **BALANCE BETWEEN SOCIO-ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY AND BUSINESS ECONOMIC EFFICIENCY**  
*EQUILÍBRIO ENTRE RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL E EFICÁCIA ECONÔMICA EMPRESARIAL*  
*Grace Ladeira Garbaccio*  
*Christophe Krolik*  
*Ana Carolina de Moura Maciel*

---

# Sumário

- 373 **MEIO AMBIENTE URBANO NA JURISPRUDÊNCIA  
INTERNACIONAL EUROPEIA**  
*URBAN ENVIRONMENT IN EUROPEAN INTERNATIONAL  
JURISPRUDENCE*  
*Marcelo Dias Varella*  
*Mariane Morato Stival*
- 397 **NORMAS DE SUBMISSÃO**

## APRESENTAÇÃO

O Estrato A1 do QUALIS/CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) do Ministério da Educação atesta, oficialmente, que a Revista *Veredas do Direito* é considerada, estimado leitor, como um dos melhores periódicos científicos do Brasil.

Tal fato muito envaidece a comunidade científica da Escola Superior Dom Helder Câmara, situada em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, especialmente os docentes e discentes do Curso de Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, indutores de pesquisas científicas de quilate, que muito contribuem para a produção de conhecimento em prol da efetivação do Princípio do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste número, os professores Alcides Francisco Antúnez Sánchez, da Universidad de Granma (Cuba) e Lucas Guanoquiza Tello, da Universidad Técnica de Cotopaxi (Equador), analisam os instrumentos da auditoria ambiental, apontando seu surgimento, finalidades e regulamentação jurídica, no artigo “El Control Público Desde La Dimension Ambiental”.

No artigo “O Nascimento do Direito à Alteridade na Cidade” os professores Émilien Vilas Boas Reis e Bruno Torquato de Oliveira Naves abordam a contribuição do dominicano espanhol Francisco de Vitória para o desenvolvimento da relação com os índios, durante o período das grandes navegações.

Analisando as mudanças climáticas pós-2015, os professores Fernando Cardozo Fernandes Rei e Alcindo Fernandes Gonçalves, da Universidade Católica de Santos e o professor Luciano Pereira de Souza, da Universidade Santa Cecília, apresentam reflexões sobre as contribuições individuais de cada país – inclusive o Brasil – definidas no Acordo de Paris, no artigo “Acordo de Paris: Reflexões e Desafios para o Regime Internacional de Mudanças Climáticas”.

Os professores Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino e Neuro José Zambam, ambos pertencentes ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional, apresentam no artigo “A ‘Casa Comum’: por uma epistemologia do cuidado e justiça para a América Latina”, um estudo sobre a metáfora da “Casa Comum” presente na Encíclica *Laudato Si*, como vetor epistêmico de cuidado, que inaugurou uma nova concepção para a convivência entre Homem e Natureza na América Latina.

No artigo “Principios Fundamentales de la Tributación Ambiental”

---

o professor Itamar da Silva Santos Filho, da Universidade Estadual do Piauí, e o mestrando Paulo Rangel Araújo Ferreira, também da Universidade Estadual do Piauí, abordam os princípios jurídicos que fundamentam a fiscalidade ambiental, enfatizando as dificuldades técnico-jurídicas dos instrumentos fiscais e as estratégias para superá-las.

O autor Renato Braz Mehanna Khanis, professor da Universidade Santa Cecília e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, apresenta análise do direito à proteção do meio ambiente, demonstrando sua fundamentalidade e indisponibilidade, no artigo “A Indisponibilidade do Direito Fundamental à Proteção do Meio Ambiente”.

A professora da Universidade Federal do Pará e promotora de justiça Eliane Cristina Pinto Moreira, e o especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina, Leandro Barbalho Conde, propõem uma análise dos retrocessos causados pela Lei nº 13.123/2015, que define regras de acesso, uso e repartição de benefícios decorrentes do patrimônio genético da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados.

No artigo “Crise da Racionalidade e Sustentabilidade no Mercado de Combustíveis no Estado da Paraíba”, a mestra em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal da Paraíba, Ana Celecina Lucena da Costa Rangel, a professora e coordenadora do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, Belinda Pereira da Cunha, e o mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal da Paraíba, professor Renan Aversari Câmara, apresentam os principais aspectos da produção e consumo da gasolina e do etanol, especialmente no estado da Paraíba, realizando contraponto com a crise ambiental contemporânea.

O doutorando em Ciências Jurídico-Internacionais e Europeias pela Faculdade de Direito de Lisboa e o vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMar), Tiago Vinicius Zanella, juntamente com o professor da Escola de Guerra Naval, Ricardo Pereira Cabral, exploram a aplicação do princípio da precaução no âmbito internacional, especialmente na proteção dos mares e oceanos, no artigo “The Application of the Precautionary Principle in International Law: an Analysis of the Contribution of the International Tribunal for The Law of the Sea”.

No artigo “A Influência do Constitucionalismo Andino Contemporâneo na Formação de um Paradigma Acerca da Agroecologia”, o professor dos Programas de Pós-graduação em Direito da UNILASALLE e da Universidade do Extremo Sul Catarinense, Antônio Carlos Wolkmer, e a mestrandia pela Universidade Federal de Santa Catarina, Maria Demaria Venâncio, delineiam a influência e contribuições do novo constitucionalismo latino-americano para o estabelecimento do paradigma agroecológico.



---

O professor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Paulo de Bessa Antunes, analisa criticamente a recuperação de danos ecológicos no Direito brasileiro, apontando nuances e diferenças entre os danos ecológicos e os danos ambientais no artigo “A Recuperação de Danos Ecológicos no Direito Brasileiro”.

Os professores da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Cris-thian Magnus De Marco e Orides Mezzaroba apresentam, no artigo “O Direito Humano ao Desenvolvimento Sustentável: contornos históricos e conceituais”, a afirmação histórica da categoria “desenvolvimento sustentável” nos documentos internacionais reconhecidos pela Organização das Nações Unidas, apontando o refinamento da noção de desenvolvimento que ultrapassou o aspecto meramente econômico.

No artigo “Balance Between Socio-Environmental Responsibility and Business Economic Efficiency”, a gerente corporativa da Votorantim Energia, Grace Ladeira Garbaccio, o professor da Université Laval, Christophe Krolik, e a líder do Núcleo Socioinstitucional da Fundação Renova, Ana Carolina de Moura Maciel, apresentam discussão sobre a sustentabilidade e a responsabilidade social corporativa.

Explorando a jurisprudência internacional europeia sobre o reconhecimento do direito ao meio ambiente urbano, o professor do Centro Universitário de Brasília, Marcelo Dias Varela, e a doutoranda pela mesma instituição, Mariane Morato Stival, apresentam no artigo “Meio Ambiente Urbano na Jurisprudência Internacional Europeia” a possibilidade de interações normativas entre os sistemas regionais de proteção de direitos humanos, na temática da qualidade de vida ambiental urbana.

Assim, prezado leitor, o Curso de Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara e a Equipe Editorial da Revista Veredas do Direito desejam-lhe uma excelente leitura, sempre na esperança de vivermos em um planeta ambientalmente mais digno.

**Elcio Nacur Rezende**

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



---

# EL CONTROL PÚBLICO DESDE LA DIMENSION AMBIENTAL

**Alcides Francisco Antúnez Sánchez**

---

Máster en Asesoría Jurídica por la Universidad de Oriente.  
Licenciado en Derecho.  
Profesor Auxiliar da Facultad de Ciencias Económicas y Sociales da Universidad de Granma (Cuba).  
Email: aantunez@udg.co.cu

**Lucas Guanoquiza Tello**

---

Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.  
Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales.  
Profesor contratado Universidad Técnica de Cotopaxi. Asesor Jurídico  
del Colegio de Ingenieros Civiles de Cotopaxi (Ecuador).  
Email: lucasguanoquiza@yahoo.es

## RESUMEN

Los avances en la política ambiental y la gestión ambiental en las organizaciones empresariales ha permitido articular estrategias de conservación y aprovechamiento de los recursos naturales y del ambiente como paradigma. Estos avances han sido inclusivos al desarrollo normativo desde el texto constitucional hasta las materias civil, administrativa, tributaria para su protección, donde se establecen derechos ambientales y participación ciudadana para alcanzar el desarrollo sostenible. Se ejecuta un análisis de la auditoría ambiental entre los instrumentos de mercado y comercio, vinculados al control público. Por tales razones, el objetivo del artículo es analizar los elementos que conforman la institución jurídica de la auditoría ambiental, se parte de la lectura de la doctrina y la norma, a partir de la dogmática jurídica con un análisis lógico de cómo surgió, porque surgió y para que surgió, de los cuerpos jurídicos legales que la establecen, sus lindes con otros saberes y ciencias.

**Palabras-claves:** Actividad de control; Legalidad; Responsabilidad; Competencia.

*PUBLIC CONTROL FROM THE  
ENVIRONMENTAL DIMENSION*

***ABSTRACT***

*The advances in the environmental policy and the environmental step in the business organizations has allowed articulating strategies of conservation and use of the natural resources of the environment like paradigm and. These advances have been inclusive to the normative development from the constitutional text to the civil matters, white-collar worker, you would pay tribute for his protection, where environmental rights and civic participation to attain the sustainable development become established. You execute an analysis of the environmental auditing between the instruments of market and commerce, linked to the public control. For such reasons, the objective of the article is to examine the elements that conform the juridical institution of the environmental auditing, it breaks of the reading of the doctrine and the standard, as from the juridical dogmatics with a logic analysis of how it happened, because it happened and in order that it happened that, of the juridical legal bodies they establish it, his abuttals with another knowledges and sciences.*

***Keywords:*** *Activity of control; Legality; Responsibility; Competition.*

## EXORDIO

La Asamblea General de Naciones Unidas convocó la Conferencia sobre el Medio Humano en 1972, conocida como la Declaración de Estocolmo, hecho que marcó un hito en el desarrollo ambiental. Fue el inicio fundacional del Derecho Ambiental, como el primer documento en un foro internacional, señalado como el maridazgo que existe entre el Derecho Ambiental y el Derecho Internacional. Por el grado de consenso generado y la profundidad de sus conceptos, esta Declaración se reconoce como “Carta Magna” del Derecho Internacional Ambiental. Posteriormente, durante las Conferencias de Río a partir del 1992, fueron aprobados documentos como la Agenda 21, la Declaración de Río, la Convención sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica que amplían esta protección.

Los instrumentos de mercado de carácter cooperador, entre los que se encuentra la auditoría ambiental como actividad de control, en la llamada sostenibilidad o sustentabilidad -al margen de cualquier discusión etimológica- se ha convertido en el centro de las concepciones que sobre el desarrollo se han esgrimido desde el Informe Bruthland. La Declaración de Johannesburgo de 2002, reafirmó este compromiso. El control ambiental, trascendió del control tradicional realizado a la empresa y la industria, en sus inicios solo para evaluarles la contabilidad y los sistemas de gestión ambiental, para evaluar las políticas públicas dirigidas a proteger el medio ambiente a través de la auditoría de gestión coordinada a los recursos hídricos, a la biodiversidad y la de seguimiento al cambio climático, Van Leeuwen (2013), Elstein (2012), Lustosa Da Costa (2014), Antúnez Sánchez (2015).

El fin de esta actividad de control es prevenir, perfeccionar la tecnología y dar un carácter más competitivo con influencia mercantil, al conceder la certificación ambiental, siendo lo que falta en la norma jurídica cubana. No encontramos en la literatura cubana ni extranjera evidencias que recojan la conceptualización integral de la auditoría como institución jurídica que le caracterice como institución jurídica, en la estructuración de los elementos desde el punto de vista teórico, legislativo y práctico. Agravados con la inexistencia de una norma jurídica especial para su instrumentación, comprensión, asimilación y conocimiento de su papel en el sistema empresarial. El ensayo jurídico caracteriza la institución jurídica

de la auditoría ambiental desde la doctrina administrativa para su adecuada regulación normativa a través de su sistematización de sus elementos, en pos de perfeccionar el ordenamiento jurídico administrativo ambiental para su práctica en el sector estatal y privado, que permita a la Administración Pública con sus servidores públicos coadyuvar a alcanzar el desarrollo sostenible como presupuesto constitucional desde la dimensión ambiental. Fueron utilizados los métodos de la investigación: el histórico, el de análisis síntesis, el de derecho comparado, y el exegético jurídico. No está sustentada en ningún proyecto de investigación nacional ni foráneo.

## **1. LA AUDITORÍA AMBIENTAL COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA. LOS ELEMENTOS QUE LA CONFORMAN DESDE EL DERECHO PÚBLICO**

La obra de Paccioli publicada en 1494, *Tua Pereda* (2012, pp.1-23), en el tratado sobre el método conocido de la “partida doble”, evidencia que desde el año 254 a.n.e. se inspeccionaban y comprobaban las cuentas, factor que permitió la evolución paralela de la actividad de la auditoría como resultado de la práctica de la contabilidad como ciencia y a la vez como herramienta de trabajo de los especialistas dedicados a la contabilidad con el desarrollo industrial por los sujetos económicos que practicaban actividades de comercio. *Tua Pereda* (2008, p.4-19), *Fronti De García* (2007, p.229).

Otros datos y documentos confirman que a finales del siglo XIII y principios del XIV ya se auditaban las operaciones de los funcionarios públicos que tenían a su cargo los fondos del Estado. Para 1799 existían firmas acreditadas de contadores públicos en países como Escocia, Estados Unidos de América e Inglaterra, fueron los primeros países en los que tomó relevancia la Contaduría Pública ligada a la práctica de la Auditoría Estatal. *Gómez García* (2011, p.27-29). Estudios realizados desde la Ciencia Contable, expresan que la práctica de la Auditoría nació en Gran Bretaña durante la primera mitad del siglo XIX, se extendió a otros países de la cultura empresarial anglosajona, como la forma de hacer fiable la información contable, la transparencia en el mercado de valores ante el desarrollo económico y la expansión de las relaciones económicas al exigirse información precisa y real de sus estados de cuentas, de forma tal que diera confianza y fuera competitiva, vinculada a la actividad del Comercio.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Códigos De Comercio de Iberoamérica. Donde se fija la obligatoriedad de la contabilidad mercantil, como requisito obligatorio para el actuar de los pequeños empresarios y comerciantes en el tráfico mercantil.

En el pasado siglo XX, fueron incluidas normativas jurídicas como voluntad de la Administración Pública, permitió se fortaleciera el trinomio Contabilidad, Auditoría y Derecho, al cobrar nuevas dimensiones como normativa administrativa para proteger los activos contra las posibles transgresiones, tipificándose con la protección del bien jurídico ambiental y otras infracciones, ubicados bajo el término genérico de los delitos ambientales con reflejo en la contabilidad directa o indirecta. Esta institución jurídica, reconocida como una herramienta de gestión en el Derecho Ambiental, se regula en normativas jurídicas especiales para su uniformidad, tiene un nexo causal: la exigencia de la responsabilidad ambiental y la cuantificación de los daños ambientales generados, la implementación de la responsabilidad social empresarial vinculada a la economía y la contabilidad ambiental. Elementos que han permitido que haya evolucionado con el transcurso del tiempo en relación con el país que la aplique y el desarrollo tecnológico industrial. Méndez Ortíz (2009), Nogueira López (2010)

Su conexión, está relacionada a los orígenes del *ius* ambientalismo como parte de la Agenda Pública Internacional; las Entidades Fiscalizadoras Superiores señalan al año 1969 como su inicio, con posterioridad las cumbres ambientalistas han debatido los problemas ambientales del planeta y las medidas para su mitigación, han aportado al desarrollo de esta institución jurídica desde la doctrina del Derecho Público. (Cumbre Mundial del Medio Ambiente, 1995). La Declaración de Estocolmo de 1972, señalaba que el hombre tiene ...*“el derecho fundamental a la libertad y a la igualdad, dentro de condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar. Así mismo, tiene el deber fundamental de proteger y de mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras”*...

En consonancia con la preocupación por la protección ambiental, la que ha alcanzado importancia y magnitud al más alto nivel, lo prueban las Cumbres efectuadas y los tratados firmados en la materia, como la Convención de Ramsar de 1971, la CITES de 1973, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Protección de la Capa de Ozono de 1987, la Convención Marco de NN UU sobre Cambio Climático de 1992, y la Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992, entre otras. La dificultad se enfrenta con el tema de la mitigación de los gases de efectos invernadero, no es de consenso entre los Estados para adoptar acuerdos en este sentido, es la falta de voluntad política para cumplir con lo acordado

y de adoptar otros más efectivos. Hoy existen acuerdos que abordan la mitigación como la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, y el Protocolo de Kyoto de 1997, así como el recién Acuerdo de París de 2014.<sup>2</sup>

Las raíces de la crisis ambientalista está en los modelos de desarrollo basados en la ganancia a cualquier costo, este reconocimiento está implícito en la necesidad del desarrollo sostenible y su definición a partir de 1984 en el Informe “Nuestro Futuro Común”<sup>3</sup>. Aportes que no se limitan a este período, después de Río de Janeiro hubo la Cumbre de Johannesburgo de 2002 y la Cumbre Río+20 de 2012, Fernández Rubio-Legrá (2008), Parejo Alfonso (2015). Donde se ha abordado el tema del cambio climático y su mitigación por parte de los principales Estados contaminadores.

Textos en materia jurídica revelan que la auditoría ambiental se originó en los Estados Unidos de América a finales de los años 70 del siglo XX, apareció para evaluar la empresa con la finalidad de servir como herramienta de dirección para la gestión ambiental ante el aumento y la complejidad de la normativa jurídica Estadual y Federal, ante toda una serie de problemas ambientales que acontecían en esta nación. Lee (1998, p.7-29), Herrerías Aristi (2009, pp.1-9).

El derecho al medio ambiente y el desarrollo sostenible como paradigma de la Administración Pública en el siglo XXI, al ser derechos de naturaleza jurídica especial, y que, como nuevo derecho, responde a nuevos retos. En 1973, la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), organización encargada de la difusión de la problemática ambiental a toda la comunidad internacional y de alentar la participación de la sociedad en el cuidado y la protección del medio ambiente, dando respuesta a su principal cometido internacional. Un reto es el de la responsabilidad de los diferentes actores que en esta protección al bien jurídico ambiente intervienen, ratificada luego en la Cumbre de Río en 1992, y en Johannesburgo en 2002, donde el control público al medio ambiente es tema pertinente, de aquí que su principal asidero sea en cada país a través del texto constitucional, como lo refirieran Fix Zamudio (2010), Carmona Lara (2005).

En respuesta a los problemas globales de contaminación, generados con la Revolución Industrial y los avances tecnológicos que

---

2 Protocolo de Kioto, ONU, 1997; Convención sobre el Cambio Climático, París, 2015.

3 Declaración Río+20, Brasil, 2012.



trajo consigo en la década de los años 80 del pasado siglo, se extendió la práctica de la auditoría ambiental a la Unión Europea como consecuencia de los intereses de las subsidiarias estadounidenses radicadas en este continente pasada una década. En los países bajos, se señala al año 1984 y a Holanda como el primer país en incorporarse a la práctica de este tipo de control. Sus exigencias legales han estado marcadas dentro de sus derechos internos, al decir de Murad Robles (2009, p.263-303), Navarrete Ligarte (2007, p.20-29), como resultado del compromiso respaldado por la Comisión Brundtland en 1987, donde fue formulada la propuesta de *“un desarrollo sustentable que satisficiera las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas”*. Harlem Burtland (1984).

Su *iter*, se enmarca a partir de ser reconocida por las Entidades Fiscalizadoras Superiores en el año 1995, como herramienta de gestión ambiental, aunque otros estudios contables se considere su génesis vinculada a la Contabilidad y a la Auditoría Social para dar respuesta a problemas generados al medio ambiente como la contaminación atmosférica, el vertido, la lumínica, la sonora; a la protección a la biodiversidad, el cambio climático, a los recursos hídricos, al incremento de los niveles de radiación, la lluvia ácida, el incremento de las concentraciones de ozono generado por la industria, la calidad del aire en las ciudades, el uso y manejo de la tierra, la desertificación, el comercio y el medio ambiente. (Entidades Fiscalizadoras Superiores, 2010).

Martin-Retortillo Báquer (2006), señalaba que la regulación en el texto constitucional a partir de los fundamentos políticos, sociales y económicos sobre la responsabilidad que tienen los Estados en la protección al medio ambiente, continuaba significando que, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1949, nada se dice acerca del medio ambiente, eran otros los problemas y eran otras las preocupaciones. Lo medio ambiental tardaría en llegar. Sabemos que hay derechos fundamentales, como el del medio ambiente, que implican un coste elevado. La sociedad que se compromete con el medio ambiente asume que tiene que dedicar cuantiosas sumas y muy importantes partidas dinerarias para funcionar de una forma adecuada y correcta, lo cual hace que los Estados se lo piensen, no tengan todos las mismas disponibilidades ni la misma voluntad.

La década de los 90, adiciona nuevos elementos tecnológicos vinculados al Comercio Internacional, la hacen mucho más compleja, completa y dinámica la gestión ambiental por parte de los sujetos económicos

que la implementan; así las cosas, las técnicas, métodos y objetivos de la auditoría como actividad de control de forma simétrica evolucionó para poder atender y dar respuestas a las nuevas exigencias de los clientes a partir del siglo XX hasta la actualidad en el mercado de bienes y servicios. Mora Ruiz (2007-2012). Son analizados conceptos dados sobre esta actividad de control por la Entidad Fiscalizadora Superior, la define como: *la herramienta técnica de gestión para realizar la evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la efectividad de la organización auditada; la gerencia y los equipos ambientales para proteger el medio ambiente con un mejor control de las prácticas ambientales y la evaluación. Para cumplir las políticas ambientales de la empresa y las normativas legales, a partir de la institucionalización de la tutela ambiental.* Antúnez Sánchez (2010, p.18).

Las normas técnicas ambientales ISO 14 001 y 19 011 la definen como: *“proceso sistemático, autónomo y documentado para obtener evidencias de la auditoría, evalúa de manera objetiva con el fin de determinar la extensión en que se cumplen los criterios de auditoría.”*<sup>4</sup> La Cámara Internacional de Comercio, la reconoce como: *“herramienta de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva del funcionamiento de la organización ambiental. Prevé la implantación de gestión, así como los equipos de control necesarios con objeto de facilitar el control de gestión de las prácticas medio ambientales y declarar la observancia de la política de la Compañía de acuerdo con la normativa medio ambiental. Es el examen metódico que implica análisis y comprobaciones de las prácticas y procedimientos ambientales de una empresa o parte de ella. Este término de auditoría es sinónimo de revisión y verificación de diversos aspectos de una empresa.”*<sup>5</sup>

Se considera, enmarcar a la auditoría ambiental como una actividad de control, como el instrumento de gestión ambiental de naturaleza jurídica pública, su campo de acción son la empresa, la industria y el medio ambiente (personas jurídicas y naturales), su ejecución es realizada por funcionarios públicos requeridos de título profesional y un título habilitante, registrados

4 Normas ISO 14001. *Procedimiento de la Auditoría Ambiental*. SGMA: Especificaciones y guías de uso. ISO 19011. *Fundamentos de la Auditoría Ambiental*. Disponible en: <http://www.iso.org>. Norma ISO 19011. Norma en la organización empresarial, se cumple de forma obligatoria por los actores involucrados. Disponible en: <http://www.iso.org>. NC ISO 19011:2003. *Directrices para la auditoría de los sistemas de gestión de la calidad y/o ambiental*. NC ISO 14031:2005. *Gestión ambiental. Evaluación del desempeño ambiental*. Norma ISO 26000:2010. *Guía sobre responsabilidad social*.

5 La empresa deja de ser considerada como la expresión concreta del capitalismo y aparece cada vez más como una unidad estratégica en un mercado internacional competitivo y un agente de utilización de tecnologías nuevas. (Belmonte Martín, 2009, p.57-78).

en el Registro de Auditores y Contralores<sup>6</sup>; su función es evaluadora y certificadora de las metas ambientales en relación con la política ambiental trazada por la organización empresarial, es una técnica de comprobación de la legalidad con una potestad reglada de la Administración Pública. Es un proceso en sí, en su práctica se utilizan procedimientos y metodologías, en ella se evalúa la ejecución gasto contable del patrimonio destinado a la protección ambiental, puede ser ejecutada de forma interna o externa, se evalúa la eficiencia del sistema de gestión ambiental en relación con el vertido, la introducción de tecnologías limpias en la organización empresarial, se aplican normas técnicas, se exige la responsabilidad administrativa contravencional, laboral-funcionarial, social-empresarial, civil y penal a los sujetos auditados. Tiene efecto directo y vinculante al auditado, puede ser onerosa o gratuita. Su resultado final certificatorio le aporta valores añadidos que inciden de forma positiva en el comercio y el mercado a la persona jurídica o natural objeto de la auditoría.

Desde la doctrina jurídica Hispanoamericana consultada sobre el Derecho Administrativo Ambiental, se aprecia lo consensuado por académicos como Martín Mateo (1993), Bustamante Alsina (1995), Jordano Fraga (1995), Nogueira López (1997, 1998, 2010), Quintana López (2000), Betancor Rodríguez (2001), Rodríguez-Campos González (2003), Caferrata (2003), Carmona Lara (2005), Mora Ruiz (2007), De Gatta Sánchez (2008), Belmonte Martín (2009), Herreras Aristi (2009), De Bessa Antunes (2010), Di Trindade Amado (2011), Gómez García (2011), Ramadori (2013), Lustosa Da Costa (2014), quienes señalan en sus estudios realizados desde 1993-2014, quienes de forma análoga coinciden que la auditoría ambiental como actividad de control, un instrumento de gestión ambiental, comprende una evaluación sistémica, documentada, periódica, y objetiva del comportamiento de una organización empresarial, del sistema de gestión ambiental y de los procedimientos destinados a proteger el medio ambiente. Evalúa el cumplimiento de la política ambiental de la organización empresarial, sus objetivos y metas ambientales, y el control del impacto ambiental generado al medio ambiente, que permita un sistema de gestión ambiental integrado.

Refieren los autores consultados, que sus elementos caracterizadores se perciben a partir de que, como instrumento de gestión ambiental, es evaluador de los índices de contaminación generados al

---

6 Se refiere a los Registros Públicos que crea la Administración Pública en cada nación, en especial referente a la obligación de registrar la empresa responsable.

medio ambiente, del cumplimiento de la legalidad, de la externalización e internacionalización de los costes ambientales integrándolos a la responsabilidad ambiental en la organización empresarial. Como instrumento de tutela ambiental, tiene carácter horizontal para adoptar estrategias de protección ambiental por la Administración Pública. Su adhesión es voluntaria en su generalidad, aunque puede ser obligatoria; proporciona y da publicidad sobre el comportamiento ambiental a la organización empresarial auditada. Reseñan que es una técnica de protección ambiental. Esta reconocida como un instrumento de mercado de carácter cooperador (etiqueta-certificación ambiental). Permite a la organización objeto de la auditoría, usar un logotipo como organización responsable tras el resultado de la evaluación, ello le permite que se inscriba en un Registro Público habilitado. Se constata, como se le regula en los ordenamientos jurídicos de Hispanoamérica a través de Leyes de Auditoría, de Contraloría, de Gestión Ambiental, de Medio Ambiente y de Responsabilidad Ambiental.

Leff (1998, p.108), ya señalaba en sus estudios, que el saber ambiental nace de una nueva ética y una nueva epistemología, donde se funden conocimientos, se proyectan valores y se internalizan saberes, que se convierten en cuestionamientos sobre las condiciones ecológicas de la sustentabilidad y las bases sociales de la democracia y la justicia, y que permite la construcción y comunicación de saberes que ponen en tela de juicio las estrategias de poder y los efectos de dominación que se generan a través de las formas de detención, apropiación y trasmisión de conocimientos. Pertinentes a nuestro criterio, en esta actividad de control ambiental ejecutada para proteger el medio ambiente como bien público. Por ello, el ensayo tiene como objetivo, aportar una sistematización de los elementos de la auditoría ambiental como institución jurídica e instrumento de tutela ambiental, apreciados en la relación jurídica ambiental, pertinentes para el Derecho Público para una mejor comprensión por quienes la practicarán y a quienes se le practicará, por su incidencia en el comercio internacional, al decir de Mora Ruiz (2007), estos son:

Los elementos subjetivos: Según los sujetos que intervienen, los Auditados en materia ambiental persona jurídica o natural). Auditor o equipo de auditoría (persona jurídica o naturales). Los elementos objetivos: La auditoría como actividad de control. Desarrollo de la Actividad según la organización administrativa. Potestad de Auditoría. Función pública. Técnica de intervención de actividad material de control o policía.

Estos elementos no resultan incompatibles entre sí, sino desde diversas posiciones jurídicas del ciclo de la actividad de auditoría (ente atribuido de potestades exorbitantes en régimen reglado, funcionario público habilitado competencialmente y actividad investigativa de hechos, documentación de información y comprobación). La preferencia de un cuerpo de auditores ajenos a la actividad auditada, que brinde un mayor nivel de neutralidad en las valoraciones técnicas que puedan ser emitidas en el informe resultado de la actividad de la auditoría.

El desarrollo de la actividad según la forma de la actividad administrativa: Es una actividad de control, y es una técnica de comprobación. Es un Procedimiento integrado por fases (preparación-ejecución-conclusión) (Conjunto de actos vinculados entre sí y sin autonomía individual, de diversa naturaleza, los cuales conllevan a un acto formal conclusivo, contentivo de los hallazgos y evidencias de infracciones y violaciones de la legalidad en materia ambiental; que pretenden el restablecimiento del bien jurídico ambiental causado por las acciones u omisiones del empresario o comerciante, y ante las cuales se generan obligaciones de diversa naturaleza.

Ámbito de aplicación: En relación al ámbito de auditoría ambiental, la actividad puede desarrollarse hacia lo interno de la organización empresarial en virtud del autocontrol, como desde lo externo, en la actividad de entes que desarrollan la actividad de auditoría ambiental. El contenido de la actividad auditable en materia ambiental será: El Patrimonio contable destinado al gasto contable ambiental. La Eficacia y eficiencia del sistema de gestión ambiental en relación con tratamiento de residuales. La Evaluación de tecnologías limpias. La Evaluación de principios de contabilidad. La implementación y evaluación de las Normas técnicas ambientales. La evaluación del Plan de prevención (Informe Cosso II). Índices de contaminación según niveles permisibles para la actividad empresarial y comercial. La Verificación de la legalidad ambiental.

Naturaleza jurídica de la actividad auditable en materia ambiental: Resulta una actividad de control mediante una técnica de comprobación de legalidad de la actividad empresarial en materia ambiental (juridicidad) que se expresa en el orden ambiental como una herramienta de gestión, conforme a las reglas establecidas, bien desde disposiciones generales habilitadas con preferencia mediante Reserva de Ley, bien desde normas reglamentarias para el desarrollo de la actividad de auditoría ambiental. Es una función de carácter técnico. El ejercicio de la función requiere un

alto nivel de cualificación y habilitación técnica para el desempeño, de ahí que su desarrollo atienda a factores como la competencia, formación del auditor, conocimientos y aptitudes demostradas en la actividad. Ha sido precisamente ese carácter tecnocrático, el que ha influenciado en los años recientes la externalización en el desarrollo de esta actividad desde formas de gestión indirecta, a partir de mecanismos de colaboración público-privada. Es una potestad de ejercicio reglado, no cabe discrecionalidad en su aplicación. Debe ajustarse a un canon de objetividad, eficiencia, transparencia y responsabilidad, que permitan asegurar, desde la planificación y control de su ejercicio, la debida neutralidad, probidad y cumplimiento estricto de la juridicidad por parte del auditor. Tiene un carácter instrumental al ejercicio de otras potestades administrativas como la sancionadora, la procedimental, o de estímulo de carácter honorífico, en una actividad en concreto desarrollada por la Administración, con independencia de la fórmula de gestión, lo mismo en los procedimientos autorizatorios, tributarios o sancionadores. De ahí que la potestad de auditoría tenga como fin la comprobación de la certeza de juridicidad ambiental; expresando el resultado de la intervención de control, mediante evidencia documental certificante del estado de compatibilidad de la actividad empresarial y comercial con sus parámetros de ordenación.

Efectos: Su forma de expresión (el informe de resultados de la auditoría) tiene un efecto directo y vinculante sobre la actividad auditada, a partir de la presunción de legitimidad de los hallazgos imputados al auditado, a las que el ordenamiento procesal y procedimental les atribuye el carácter vinculante en la fase probatoria por la certeza y veracidad que la competencia del auditor aporta al informe. Derivación de acciones del sistema de responsabilidad ambiental en distintos órdenes: civil, administrativo contravencional, de la Administración Pública, laboral-funcionarial, social-empresarial y penal. Habilita el ejercicio de las competencias de recontrol, dado el carácter cíclico y sistémico de la auditoría ambiental como herramienta de gestión.

Relativa onerosidad de la actividad: En algunos supuestos, sobre todo en casos de gestión indirecta realizado por sociedades mercantiles, pueden resultar una actividad de carácter oneroso para la auditado, porque así lo requiera para la certificación de hechos o circunstancias relativas al cumplimiento de requisitos ambientales en su actividad empresarial, o por un tercero con interés procesal o técnico.

Elementos formales y de procedimiento: Forma de expresión:

Informe de Auditoría Ambiental. Iniciativa de procedibilidad: Por solicitud del auditado ambiental por cumplimiento de requerimientos para habilitación de desarrollo de actividades empresariales y comerciales. Por imposición del ente administrativo según plan de auditoría, queja o denuncia.

Impugnabilidad del resultado de la auditoría: Vía interna ante el superior del ente de Auditoría. Vía jurisdiccional ante la jurisdicción de los tribunales ordinarios (Contencioso Administrativo). Linde y deslinde con instituciones jurídicas afines: Inspección ambiental. Evaluación de impacto ambiental. Auditoría de Gestión en sus modalidades. Puntos de contacto con instituciones de otras ramas de la Ciencias Empresariales: Contabilidad y Economía Ambiental. Reingeniería Empresarial (Producciones en Cadena de ciclos productivos). Ciencias Ambientales (Licenciatura e Ingeniería Ambiental).

## **2 ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA AUDITORÍA AMBIENTAL COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO**

Matilla Correa (2011), refirió que la aparición de la primera cátedra efectiva de Derecho Administrativo en Cuba, a raíz del plan de 1842, con la situación del resto de América Latina en ese tiempo, donde no se había manifestado aún un evento de ese tipo, podemos entender, sin mayores contratiempos, que, esa de La Habana, fue la primera cátedra de Derecho Administrativo alumbrada en América Latina; que su titular, José María Morilla, fue el primero en desempeñarse en ese marco en Latinoamérica; y que cabe entonces a Cuba la condición, en este orden, de iniciadora de la enseñanza del Derecho Administrativo en el espacio del continente americano *i*usadministrativismo cubano que es a quien en definitiva le ha de interesar más esa cuestión, para arrojar toda la luz posible sobre las peculiaridades de este tiempo en lo jurídico-administrativo de Cuba y aclarar de una vez los orígenes y primeros pasos evolutivos del Derecho Administrativo en nuestro país.

Analizado y sistematizado esta peculiaridad histórico jurídica, los saberes contables e históricos, señalan que el ejercicio de la auditoría pública, función estatal dedicada a controlar los bienes por la Administración Pública por ser Cuba una de las colonias de España, con una economía regida y controlada por la metrópoli al ser dueña de los



negocios de forma mayoritaria, las evidencias refieren que los cubanos de la época no ejecutaron la auditoría ni tenían los conocimientos requeridos; esta actividad era realizada por inspectores desde la Administración Pública para controlar los negocios de su propiedad, señalado por estudios realizados de la Contraloría General por Armada Trabas (2005), Aguilera Mesa (2005), Pozo Ceballos (2011), y Castillo Téllez (2014).

Para realizar el análisis del control administrativo, se parte desde el período comprendido a partir del siglo XVII hasta el XVIII, a partir de lo señalado por Matilla Correa (2011). El control por la Administración a las finanzas públicas lo realizaron la Intendencia de Hacienda y el Tribunal de Cuentas, instituciones públicas que ejecutaron las funciones de percepción de los registros contables, la vigilancia de las rentas y los recursos públicos. La historia económica reconoce las tendencias que hubo sobre la formación y la constitución de los organismos técnico-económicos, factores que dieron lugar a la creación del Consejo de la Administración donde participaba el Intendente General de Hacienda y el Presidente del Tribunal de Cuentas, fortaleciendo los mecanismos de control. Se pondera como referentes las obras del Derecho Administrativo de autores cubanos como es Lancís y Sánchez (1950-1952).

Desde la Constitución de la República de 1940, se analiza cómo se reguló la función de fiscalización a los bienes públicos por parte del Ministerio de Hacienda, institución creada por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Conforme con la Constitución, la creación del Tribunal de Cuentas, tuvo entre sus funciones la de fiscalizar el patrimonio, los ingresos, los gastos del Estado y a los organismos autónomos para comprobarles la ejecución de sus presupuestos destinados por el Estado a las provincias y municipios, con la observancia de las leyes y las disposiciones en materia de impuestos, derechos y contribuciones en vigor con toda la autoridad administrativa de fiscalizar la gestión pública de los funcionarios y de los empleados del aparato estatal, como de las organizaciones autónomas.<sup>7</sup>

Al triunfar la Revolución en 1959, se inicia todo un cambio en la estructura socioeconómica del país, proceso que provocó una acelerada transformación dentro de la organización del aparato estatal y con ello de la contabilidad, la auditoría y el control de los hechos económicos en el sector estatal dentro de sus formas de gestión predominante, al cambiar la forma de propiedad. Con los cambios acontecidos a nivel mundial en los objetivos de la actividad de control, esta institución jurídica solo se dedicó

---

7 Constitución Cubana de fecha 1<sup>o</sup> de julio 1940. G. O. de 20 de diciembre de 1940.



en sus orígenes a la detección de fraudes, a la revisión de los sistemas y a la obtención de evidencias, se ha extendido de manera progresiva al control ambiental ante los altos índices de contaminación generados por la industria. El gobierno decide implementar otros mecanismos de control, se constituyó el Ministerio de Recuperación de Bienes Malversados, como continuador de la función pública. Con posterioridad, la actividad de control en el país se ejecutó por el Ministerio de Industrias. Se tomó la decisión de conformar las primeras Unidades de Auditoría Interna en todos los organismos de la Administración Pública del sector estatal. En este período, se evidenció la ejecución de la auditoría estatal en toda la nación.

En 1976, período de institucionalización estatal, sustentado en la Ley No. 1323, se constituyó el Comité Estatal de Finanzas para el control a los bienes públicos con la Dirección de Comprobación, tuvo en sus funciones la práctica de la auditoría estatal por parte del Estado como el ente superior establecido en el texto constitucional cubano, en su artículo 10: ... *“todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad”*...<sup>8</sup> Méndez López (2003).

La evolución de la auditoría en las formas de gestión del sector estatal cubano a partir de 1994, continua la decisión de perfeccionar el trabajo de la Administración Estatal, para ello concluyen las funciones que realizaba el Comité Estatal de Finanzas y Precios, trasladadas al Ministerio de Finanzas y Precios (MFP). En este organismo se conformó la Oficina Nacional de Auditoría (ONA) en los órganos locales del Poder Popular para seguir ejecutando esta función estatal a los sujetos de gestión. Las normativas jurídicas en relación con la institución jurídica analizada han tenido su sustento legal en el Decreto Ley No. 159 de 1995, regulador de los deberes y derechos de los auditores y de los auditados como los sujetos de esta relación jurídico administrativa como función estatal y para los que la practican de forma autónoma complementada por el Acuerdo No. 2819 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 1995 y por el Decreto No. 228 de 1997<sup>9</sup> para aplicar el Derecho Administrativo Sancionador.

Entre 1999 al 2000, se corrobora la continuidad de otros

<sup>8</sup> Constitución de la República de Cuba. G.O. Extraordinaria No. 3 de fecha 31 de enero de 2003; Di Cagno (2005);

<sup>9</sup> Decreto No. 228, Contravenciones personales en materia de auditoría, G.O. Ordinaria No.37 de fecha 24 de noviembre de 1997.

estudios para consumir la propuesta de crear un órgano soberano en base a la experiencia alcanzada en América Latina y en la Unión Europea que permitiera cumplir las políticas públicas vinculadas a la actividad de control analizada y se adaptara a las características de Cuba, a las nuevas concepciones de la INTOSAI y a los hechos internacionales con repercusión en la actividad de la auditoría pública, toda vez que la dialéctica y el desarrollo de la auditoría reclamaban un organismo superior. Se decide por parte del Estado constituir el Ministerio de Auditoría y Control (MAC) dentro de los Organismos de la Administración Central del Estado, fue este el sujeto estatal que realizó la actividad de control y la fiscalización gubernamental, ejerció funciones revolucionarias, modernas, de elevados valores, para el control adecuado de la eficiencia de la economía y la probidad de los funcionarios y directivos del país en una tercera etapa del control público estatal, al ser esta la forma de gestión que predomina en la nación.

Permiten demostrar que la sistematización realizada a la auditoría como institución jurídica desde el Derecho Público en este ensayo, el recorrido de su tracto histórico y jurídico permitió conocer las funciones que tuvieron en cada etapa analizada por el Tribunal de Cuentas, el Ministerio de Recuperación de Bienes Malversados, el Banco Nacional de Cuba, la ONA y el MAC en la actividad de control a los bienes públicos por el Estado, confirman que existió el control público a través de estos órganos y organismos como los orígenes de la auditoría en el país, se constata el tránsito evolutivo a partir de la auditoría, el control gubernamental y la fiscalización, iniciado a partir de la etapa de institucionalización al sector estatal en sus formas de gestión, de manera prioritaria por ser el de mayor representatividad.

Desde el punto de vista jurídico, se demuestra que la práctica de la auditoría ejercitada por la ONA y el MAC continuó dirigida en esencia a la revisión de los sistemas contables a las formas de gestión del sector estatal por ser mayoritario, prueban que la actividad de control ambiental analizada, sus primeras manifestaciones como herramienta de gestión ambiental no se practicó, solo existen evidencias de su ejecución en las auditorías de gestión y la de cumplimiento legal, las que controlaron temáticas vinculadas a la protección del bien jurídico ambiental y en la actividad de autocontrol a las formas de gestión del sector estatal cubano. Por ello se valora, que la tendencia seguida por la Administración Pública en Cuba, señala que el control administrativo se ejecutó por los

Organismos de la Administración Central del Estado. La normativa que regula la auditoría en el ordenamiento jurídico cubano, se caracteriza por ser gratuita, obligatoria y ejecutada en un plan y metodologías aprobadas por el órgano superior de control. En su aplicación instituye el principio constitucional de actuación a los órganos estatales y se convierte en el soporte informador del ordenamiento jurídico patrio. Prieto Valdés (2003).

El artículo 27, de la Constitución cubana consagra la protección ambiental como una función pública. Técnicamente, a la vez que se habilitaron los órganos competentes para que intervengan en la protección del medio ambiente inspirados en el desarrollo sostenible, se ordenó la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras, con lo que la solidaridad en términos de equidad inter e intrageneracional, la racionalidad y la sostenibilidad trascienden al texto constitucional cubano. Con la modificación constitucional en 1992, como resultado de la participación de Cuba en la Conferencia de las Naciones Unidas se firmó por los Estados la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992. El reconocimiento dentro del texto original del artículo 27 decía: ... *“Para asegurar el bienestar de los ciudadanos el Estado y la sociedad protegen la naturaleza. Incumbe a los órganos competentes y además a cada ciudadano, velar porque sean mantenidas limpias las aguas y la atmósfera, y que se proteja el suelo, la flora y la fauna”* ...

Presentada toda esta perspectiva jurídica, a partir del texto constitucional es valorado cómo dentro del ámbito ambiental con la función auditora, realizada en sus etapas por la ONA y el MAC no se le dio una respuesta adecuada en relación al artículo 27, al introducirse por vez primera el tema ambiental en esta Carta Magna, por no estar reconocida en el Decreto Ley No. 159 de 1995 la auditoría ambiental para alcanzar la meta del desarrollo sostenible como paradigma. La función pública ambiental, ejecutada por los funcionarios públicos, se complementa con la declaración de soberanía estatal sobre los recursos naturales y el medio ambiente, proclamada en el artículo 11 del texto constitucional en unión al artículo 27. Ambos artículos conforman las bases constitucionales fundamentales que validan la práctica de la auditoría ambiental como una actividad de control para proteger el bien público ambiental. Reproducen el principio del desarrollo económico y social sostenible contenido en los principios 3 y 4 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992. Méndez

López (2003), Hernández Torres (2007), Toledano Cordero (2012)

Desde el Derecho Administrativo en el período de los años 60 al 80 del pasado siglo, se analizaron los aportes de autores como Garcini Guerra y Reyes Salía (1963), Garcini Guerra, Reyes Salía, Cabrera (1976), Garcini Guerra (1978), Muñoz Valdés (1982), Garcini Guerra (1986.pp.169-172), como antecedentes del estudio desde esta rama del Derecho, y en especial sobre la institución jurídica de la inspección como actividad de control; se coincide que es la facultad que posee un órgano administrativo para examinar los actos materiales y las operaciones preparatorias y ejecutivas de los actos de decisión que tienen a su cargo los trabajadores que le están subordinados, nunca se proyecta sobre los actos productores de efectos jurídicos. El control de la legalidad socialista requiere imperativamente que todos los órganos administrativos actúen y se mantengan dentro de su esfera de competencia, en atención al principio de legalidad. Estos autores, la vinculan en el ordenamiento jurídico cubano al Decreto Ley No. 67 de 1983, pero se constata que estos autores estudiados no estudiaron la institución jurídica de la auditoría pública, a pesar de que esta se ejercitaba por la Administración Pública, como ha sido referido en párrafos anteriores.<sup>10</sup>

No obstante, hay que significar que, en esta búsqueda epistemológica, realizada en la nación por este autor en el ensayo, de que desde la ciencia jurídica quien reflejó la institución jurídica de la auditoría ambiental en su obra, ha sido Di Cagno (2005), pero la refiere de forma general. Le han seguido otros trabajos y estudios sobre Derecho Administrativo, realizados por autores como Cañizares Abeledo, Castanedo Abay, Lanza López, Díaz Sánchez, Lezcano Calcines, Reyes Paret, y Matilla Correa, han estado dirigidos hacia del objeto del Derecho Administrativo, al estudio de las fuentes, la facultad reglamentaria, lo reglado y lo discrecional, del acto administrativo, del silencio administrativo, la organización de la Administración Pública, el contrato administrativo de gestión de servicio público, la concesión administrativo de servicio público, los procedimientos de selección del concesionario, la responsabilidad administrativa, el procedimiento administrativo, y los instrumentos jurídicos administrativos, en un material para el estudio en pregrado de esta rama del Derecho (2010). Pero estos estudios analizados, no señalan ningún referente que permita considerar que se estudió la

---

<sup>10</sup> Decreto Ley No 67, en su artículo 52, inciso ñ), estima que es una de las atribuciones de los Organismos de la Administración Central, "...realizar visitas de inspección a las delegaciones territoriales, empresas y dependencias del organismo, así como a las direcciones administrativas, empresas y dependencias de los Organos locales del Poder Popular."

actividad de control, en especial la Auditoría Pública del tipo ambiental, regulada en el ordenamiento jurídico hacia las formas de gestión del sector estatal, aunque hay que precisar que ya venía fomentándose un incipiente sector privado desde la última década del pasado siglo, cuerpos jurídicos de esta época que así lo refrendan, al estar vinculada al comercio y mercado, como instrumentos de carácter cooperador. Antúnez Sánchez (2016).

En la materia del Derecho Ambiental cubano, se aprecian los análisis realizados vinculados al control administrativo por Rey Santos (2007), Cánovas González (2010), y Pereira Basanta (2011), estos han tenido como objeto, enmarcarse en las herramientas de gestión ambiental como la evaluación ambiental, la autorización ambiental (licencia), en relación con los proyectos o instalaciones industriales y actividades económicas de considerable magnitud, generadoras de intensos impactos sobre el medio ambiente, pero no abordaron la auditoría ambiental en sus estudios. Todos estos elementos que van siendo sistematizados, permiten demostrar que la evolución en Cuba de esta institución jurídica (auditoría ambiental), trascendió desde la inspección ambiental ejecutada por el CITMA, al amparo de Ley No 81 de 1997, pero con un alcance menos integral. Su primigenia regulación se realiza en el Acuerdo del Consejo de Estado de la República de Cuba de 2010, Reglamento de la Ley No. 107 de 2009, a 30 años después de su origen en los Estados Unidos de Norteamérica, como lo corrobora en la tabla que lo describe.

Génesis y Evolución Comparada		Tendencias Históricas en Cuba	
2014: Auditoría de gestión coordinada a la biodiversidad	2010 - 2016	2014: Ejecución de Auditoría gestión coordinada al recurso hídrico (NO REGULADA)	2010: Reconocimiento normativo de la Auditoría Ambiental (NO PRACTICADA)
2013: Auditoría de gestión coordinada al recurso hídrico		Auditoría Contable Inspección Ambiental	
2011: Auditoría de seguimiento al cambio climático		1990 - 2010	Auditoría Contable Inspección Ambiental
Cambio del objeto de la Auditoría Ambiental de la Empresa a la Industria (EMAS)	1970 - 1990	Auditoría Contable	
Surgimiento de la Auditoría Ambiental (USA 1973)	1950 - 1970		
• Auditoría Social • Primeros reconocimientos de los Derechos de Tercera Generación (El Derecho al Medio Ambiente)			

Empero, desde su aparición en el ordenamiento jurídico en el 2010, no se constatan evidencias de su ejecución en el sector estatal (empresa-industria) de la auditoría ambiental, ni de un constructo adecuado desde el Derecho Administrativo como rama de las ciencias jurídicas. En su evolución en el siglo XXI en su segunda década, se aprecia cómo cambia del escenario donde se originó, trasciende de la empresa-industria hacia

el medio ambiente, con la auditoría de gestión ambiental, y tres tipos de auditorías: la auditoría de seguimiento al cambio climático, la auditoría de gestión coordinada al recurso hídrico y la auditoría de gestión coordinada a la biodiversidad en la región de América Latina. Lustosa Da Costa (2014), Van Leeuwen (2014, p.43-46).<sup>11</sup>

Los estudios de la Auditoría Ambiental, se considera como estos si tienen vastos análisis desde las Ciencias contables en Cuba, por autores como Pérez Bello (1999), Armada Traba (2005), Aguilera Mesa (2005), Pelegrín Mesa (2011), y Rodríguez (2016; estos estudios han abordado la auditoría de gestión, la contabilidad, la economía ambiental, el control interno, y la Contraloría General de la República, en relación con la labor de los auditores y los especialistas de las áreas de contabilidad en el sector estatal, ya señalábamos que es la forma de gestión que predomina en el país. Desde las Ciencias Jurídicas, es obligado referenciar que existen otros autores cubanos, entre los que están González Novo (1998), Fernández Rubio Legrá (1999), Méndez López (2003), Ayes Atmeller (2003), Toledano Cordero (2005), Villavella Armengol (2011), Viamontes Guilbeaux (2012), Cruz Sardiñas (2013), Caraballo Maqueira (2014), han realizado otros estudios del Derecho Ambiental, centrados en analizar el pensamiento ambiental cubano, las producciones limpias, la responsabilidad ambiental, el seguro ambiental, la protección del medio ambiente desde la Constitución, la responsabilidad civil, el proceso ambiental, el Derecho Forestal, el Derecho y el cambio climático, el comercio e inversión extranjera, el derecho nuclear cubano, la protección penal del medio ambiente, el proceso económico por daño ambiental, los recursos genéticos, los derechos humanos y el medio ambiente; pero tampoco hay estudiado a la institución jurídica de la auditoría ambiental en sus análisis.

Apoyados en la Dogmática Jurídica, para argumentar desde la teoría, la normativa jurídica y la práctica, permite mostrar un análisis lógico de como se ha regulado la institución jurídica de la auditoría ambiental en el ordenamiento jurídico cubano, y con ello formular una serie de invariantes que tributen al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, para el adecuado control público en la futura conformación de la empresa responsable con el ambiente dentro del sector estatal, al ser la forma de gestión de mayor predominio en el tráfico mercantil, desde

---

<sup>11</sup> *Informe regional de América Latina sobre la auditoría coordinada a los recursos hídricos*, CONTEMA-OLACEFS; Paraguay, 2014; *Informe sobre las Auditorías coordinadas a los recursos hídricos, a la biodiversidad y seguimiento al cambio climático*, OLACEFS, Brasil, 2014.

el principio de legalidad. Para con ello formular proposiciones, como un primigenio aporte desde el Derecho hacia la Auditoría como actividad de control e instrumento de tutela ambiental -herramienta de gestión- Para ello, tomando las ideas aportadas por Santi Romano (1963, p.48), Díez Pícaso (1976,p.33), Robert Alexy (1997), Bulte (2002), Atienza (2004), De Lucas (2006), sobre la argumentación jurídica, asociada a la concepción de estado de Derecho y de democracia constitucional, ha permitido analizar el ordenamiento jurídico (conjunto normativo) del número de disposiciones jurídicas a partir de su unidad, plenitud, coherencia, y armonía, vinculados con la institución jurídica de la auditoría ambiental en Cuba y su aplicación en el sector estatal cubano, toda vez que hasta este ensayo solo han sido ejecutadas dos auditorías ambientales, practicadas en el 2014 por el órgano superior de control, siendo un reto a futuro su práctica al sector estatal -industria y empresa- cubana.

Se analizaron conceptos vinculados en esta *relación jurídica ambiental* como auditoría, inspección ambiental, auditor, auditado, equipo auditor, contabilidad ambiental, informe de auditoría ambiental, y sistema de responsabilidad ambiental. Los principios que informan a la auditoría como el de legalidad, responsabilidad, precautorio, cooperación, autocontrol y desarrollo sostenible. Delimitamos *los elementos de configuración en la relación jurídica ambiental*: subjetivos auditores y auditados; *los elementos objetivos actividad de control, ámbito de aplicación, contenido, naturaleza jurídica, efectos, linde y deslinde con instituciones jurídicas afines, puntos de contacto con otras ramas de las Ciencias, los elementos formales serían los documentos acreditativos de su validez, informe de auditoría ambiental, acta de responsabilidad ambiental y denuncias*. Permitted tomar en cuenta un primer elemento, los inicios del control ambiental se originan en el sector empresarial como necesidad de conocer los problemas de la contaminación generados por el desarrollo industrial en el siglo XX.

Empero, pasados 30 años de su reconocimiento internacional, en Cuba la auditoría ambiental no es practicada hasta el siglo XXI, fue ejecutada con la auditoría de gestión coordinada a los recursos hídricos, sin que aún se audite la empresa y la industria del sector estatal, como ya se ejecuta en la región de América Latina y en la Unión Europea. Antúnez Sánchez (2016). Un segundo elemento, la Ley No. 107 de 2009, y su Reglamento de 2010, define que la auditoría ambiental es el proceso de verificar el uso, administración, protección, preservación del medio ambiente y de los recursos naturales, con el objetivo de evaluar el



cumplimiento de las normas y principios que rigen su control y, cuando proceda, cuantificar el impacto por el deterioro ocasionado o que pueda producirse, que a nuestro juicio dista de su construcción adecuada desde lo que se refiere en la doctrina. Su *naturaleza jurídica* no ha sido construida ni en el orden teórico ni en el orden normativo. Su desarrollo como actividad según la *organización administrativa* tampoco ha sido construida en el orden teórico de manera suficiente, en atención a sus dos dimensiones; en el orden normativo se reconoce como una función pública. Como actividad de control *no ha sido construida* en el orden teórico de forma suficiente, y en el orden normativo se configura de forma insuficiente como *técnica de comprobación* de la actividad material de control.

Según los *sujetos que intervienen*, no existe una configuración desde la posición jurídica de los sujetos que intervienen, y en el orden normativo se reconocen a auditados, auditores y especialistas, sin definir requisitos, competencias, capacidades y habilidades en concreto. Como *actividad empresarial* comercial, su construcción teórica es insuficiente en los ámbitos de aplicación de esta institución jurídica. Hay una indeterminación normativa de sujetos a auditarse dentro del sector estatal, toda vez que su concepción amplia de formulación en el reglamento no coincide con el sector empresarial en concreto. Referente al *patrimonio contable ambiental*, no hay una regulación de la contabilidad ambiental. Sobre la gestión ambiental para el tratamiento de los residuales, hay *asistematicidad* en la organización de los sistemas de gestión ambiental en el sector empresarial, a pesar que es este el elemento clave en este tipo de auditoría. La *evaluación de las tecnologías limpias*, hay una inadecuada participación de la Contraloría General en los procesos de incorporación de los avances tecnológicos del sector empresarial a los efectos de valorar su impacto ambiental con su implementación. Las *normas técnicas ambientales*, con el fin de evaluar los índices de contaminación, hay una inadecuada evaluación conforme a la insuficiente formación del auditor en la materia ambiental.

La implementación del informe Cosso II, Coopers & Lybrand (1997), Villardefrancos Álvarez (2006), contentivo de las acciones de prevención y autocontrol en materia ambiental, en el sector empresarial cubano se valora que, en su reconocimiento e implementación en los planes de prevención, en relación con el manejo de los riesgos ambientales y la previsión de acciones en torno a la manifestación de estos riesgos ambientales en la empresa y la industria. La derivación de acciones del



sistema de responsabilidad ambiental, se articula en diversos ordenes, pero *hay limitación* en la aplicación en los órdenes civil, administrativo contravencional, y laboral-funcionarial. Su *efecto directo y vinculante* en el ordenamiento jurídico se le otorgan iguales efectos que al resto de los tipos de auditorías, por lo que se cumple con el canon de elementos configuradores sistematizados.

En cuanto a la onerosidad de la actividad, el régimen jurídico de la auditoría y el de la actividad ambiental no reconocen la modalidad de realización *onerosa*. Se reconoce dentro de una figura contractual de servicios, son prestados por las sociedades civiles de servicios ejecutantes de la auditoría, tal y como se establece en el cuerpo jurídico que norma la auditoría en la nación cubana. Su forma de manifestación con el informe de auditoría que se notifica y entrega, pero en su iniciativa de *procedibilidad* no hay definición de solicitud del auditado ambiental, y en relación a la *impugnabilidad* del resultado de la auditoría es por vía interna, toda vez que hay un limitado acceso a la vía jurisdiccional.

Su *reconocimiento en las instituciones*, en el orden normativo la Ley No. 81 de 1997, no *reconoce* la auditoría ambiental dentro de los instrumentos de gestión ambiental. En el *orden teórico*, no han sido establecido los límites de la auditoría ambiental con la inspección ambiental, la evaluación de impacto ambiental y la auditoría de gestión en sus modalidades. Hay una *insuficiente delimitación teórica y normativa* con las Ciencias Empresariales y Ambientales afines a la auditoría ambiental. Fernández Rubio-Legrá (1999), Soler Del Sol (2013).<sup>12</sup> En relación con la *Plenitud* del ordenamiento jurídico ambiental, no existe un reconocimiento expreso de la Contraloría General de la República en el texto constitucional como órgano de control, con atribución y competencias en el orden de la auditoría. Tampoco se reguló la auditoría ambiental en la Ley No. 81 de 1997, del Medio Ambiente y hay falta de su regulación también en la Ley de Auditoría, Decreto Ley No. 159 de 1995<sup>13</sup> Antúnez Sánchez (2015).

Por la inexistencia de una Ley de Empresas, no hay una regulación de forma expresa de la auditoría ambiental como actividad de control. No hay un reconocimiento de la auditoría ambiental en el Sistema de Responsabilidad Ambiental (contravencional), Decreto No. 228 de 1997.<sup>14</sup> En la Ley No. 7 de 1977, modificada por el Decreto Ley No. 241 de

12 Ley No. 81, del Medio Ambiente. G.O. Extraordinaria No.7 de fecha 11 de julio de 1997;

13 Decreto Ley No. 159, De la Auditoría. G.O. Ordinaria No. 20 de fecha 3 de julio de 1995.

14 Decreto No. 228, Contravenciones personales en materia de auditoría, G.O. Ordinaria No.37 de fecha 24 de noviembre de 1997.

2006, no se reconoce a la Contraloría General de la Republica. Dentro del Sistema Nacional Contable, hay falta de regulación jurídica del subsistema contable para la contabilidad ambiental y el seguro ambiental. Pérez Bello (1999), Pelegrín Mesa (2011).

En relación a la *Unidad* del ordenamiento jurídico ambiental, el Decreto Ley No. 159 de 1995, *pervive en el ordenamiento jurídico*, a pesar de que el Reglamento de la Ley No. 107 de 2009, reguló su ámbito de aplicación y tipos de auditoría, entre ellas, la ambiental, sin una derogación expresa. Para el análisis y evaluación de las partidas presupuestarias vinculadas a la protección ambiental, se necesita reconocer normativamente a la *contabilidad ambiental*.<sup>15</sup> Hay falta de reconocimiento normativo de las producciones no contaminadoras en la Ley No. 81 de 1997, del Medio Ambiente y otras normas de naturaleza empresarial, al no garantizar la observancia de los principios precautorio y de prevención en la protección ambiental. En cuanto a los procedimientos normativos, hay *insuficiente consulta o participación* de especialistas de distintas ciencias y entes vinculados a la actividad ambiental en la creación de normas jurídica de la auditoría; hay insuficiente formación en materia ambiental de los auditores de la Contraloría General, de los Organismos de la Administración Central del Estado, los gobiernos locales y de las Sociedades Civiles de Servicios que la practican. Antúnez Sánchez (2015).<sup>16</sup>

Todos estos elementos señalan que la institución jurídica de la auditoría ambiental no ha sido *construida de manera adecuada* desde la doctrina del Derecho Público, factores que han incidido que su regulación tampoco sea adecuada. Otro salto evolutivo en Cuba se constata con la ejecución de la auditoría de gestión coordinada a los recursos hídricos, realizada en la Cuenca Hidrográfica Vento Almendares y en el Instituto de Recursos Hidráulicos en el 2014,<sup>17</sup> por la Contraloría General, como el *primer atisbo del control ambiental*. Este tipo de auditoría de gestión ambiental, evalúa la gestión ambiental administrativa y la gestión ambiental técnica, pondera los principios de economía, eficiencia y eficacia, es más completa que la auditoría ambiental regulada en el Reglamento de la Ley

---

15 La Contabilidad Ambiental, no es un sistema contable distinto o especial, sino que los efectos del medio ambiente y el aumento o disminución de los recursos naturales o de su capacidad para generar ingresos y/o utilidades, deben reflejarse en los mismos, de acuerdo con los modelos que correspondan.

16 Ley No. 107, de la Contraloría General de la República de Cuba. G.O. Ordinaria No. 29 de fecha 14 de agosto de 2009.

17 Ley No. 107, de la Contraloría General de la República de Cuba. G.O. Ordinaria No. 29 de fecha 14 de agosto de 2009.

No. 107 de 2009. A pesar de no haberse ejecutado esta actividad de control en el sector estatal (empresa-industria), hay que reconocer la labor que se realizó por parte de la inspección ambiental dirigida en esencia a evaluar los ecosistemas, su incursión en las formas de gestión estatal ha sido para conceder el aval ambiental como título honorífico; pero la ejecución de la auditoría ambiental requerirá de vastos estudios por la Administración Pública y de a quien en el sector empresarial estatal se le realizará. Se precia, haber centrado en este ensayo en el contexto del sector estatal cubano, toda vez que la historia señala que a partir de que entre 1959 hasta 1968, al cambiar las formas de propiedad con el triunfo del proceso revolucionario, con ello surgía la propiedad estatal socialista, tendencia que ha continuado en el siglo XXI, ponderada dentro de los lineamientos aprobados y actualizados en el 2014, donde se confirma que la forma de gestión que predominará será la estatal. Sus falencias en este sentido, las analizamos desde dos dimensiones.

*En el orden legal:*

- El texto constitucional cubano, en sus artículos 14,15,16 y 17, en relación con la propiedad estatal socialista de todo el pueblo <sup>18</sup>

- Se corrobora con los cuerpos jurídicos que han regulado este sector empresarial, a partir del Decreto No. 42 de 1979, Reglamento general de la empresa estatal, como el eslabón primario de la economía dentro de la Junta Central de Planificación (JUCEPLAN). <sup>19</sup>

- Se regularon otros cuerpos jurídicos dirigidos al perfeccionamiento de la empresa estatal cubana, como el Decreto Ley No. 252 de 2007, Sobre la continuidad y el fortalecimiento del sistema de dirección y gestión empresarial cubano, el Decreto No. 281 de 2007, Reglamento para la implantación y consolidación del sistema de dirección y gestión empresarial estatal, el Decreto Ley No. 320 de 2014, Modificaciones al Sistema Perfeccionamiento Empresarial, y el Decreto No. 323 de 2014, Modificaciones sistema de perfeccionamiento empresarial. <sup>20</sup>

<sup>18</sup> Constitución de la República de Cuba. G.O. Extraordinaria No. 3 de fecha 31 de enero de 2003.

<sup>19</sup> Decreto No. 42, Reglamento general de la empresa estatal. G.O. Ordinaria de fecha 4 de junio de 1979. Modificado por el Acuerdo de fecha 12 de junio de 1977, G.O. No. 31 de 8 de junio de 1989 y G.O. 8 de junio de 1989.

<sup>20</sup> Decreto Ley No. 187, Bases del Perfeccionamiento Empresarial, G.O. Ordinaria No. 45 de fecha 25 de agosto de 1998; Decreto Ley No. 252, Perfeccionamiento empresarial. G. O. Extraordinaria No. 41 de fecha 17 de agosto de 2007; Decreto Ley No. 281, Del Sistema de Información del Gobierno. G.O. Extraordinaria No.10 de fecha 23 de febrero de 2007; Decreto Ley No. 295, Modificativo del Decreto Ley No. 252 Sobre la continuidad y el fortalecimiento del Sistema de Dirección y gestión empresarial cubano, G.O. Ordinaria No. 51 de fecha 7 de noviembre de 2012; Decreto No. 303 de 2012, De la modificación del Decreto No. 281 Reglamento para la implantación y consolidación del sistema de dirección y gestión empresarial estatal, G.O. Ordinaria No. 051 de fecha 7 de noviembre de 2012;

- Estas empresas estatales se registran en el Registro de Entidades Estatales y Unidades Presupuestadas de la República de Cuba de la Oficina Nacional de Estadísticas e Información, en este aparecen registradas 1 996 empresas del sector empresarial estatal; el número de empresas del sector no estatal es menor. Las empresas que se encuentran acogidas dentro del perfeccionamiento empresarial se inscriben en el Registro Mercantil del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, Decreto Ley No. 226 de 2001.<sup>21</sup>

*En el orden extra legal:*

- Los Lineamientos de la política económica y social del Partido Comunista de Cuba actualizados en el 7<sup>mo</sup> Congreso del Partido Comunista de Cuba y aprobados en Acuerdo por la Asamblea Nacional del Poder Popular para 2016-2021, señalan que en la actualización del modelo económico se reconoce y promueve el desarrollo de fórmulas no estatales de gestión de la propiedad, como la inversión extranjera, el trabajo por cuenta propia, las cooperativas, pero seguirá el papel preponderante de la empresa estatal socialista, en relación al modelo de Gestión Económica, *ordinal 2.*<sup>22</sup>

- También por la actividad que realizan, hoy la tecnología que se implementa en la mayoría del sector empresarial muestra envejecimiento, obsolescencia y heterogeneidad industrial, con una data de más de 55 años de explotación, elementos estos que no le permite ser hoy en el siglo XXI competitiva en otros mercados con barreras comerciales exigentes, es el caso de la etiqueta-certificación ambiental.

- Otro elemento es el bloqueo económico a que es sometido la nación por parte de los Estados Unidos, incidiendo negativamente en el desarrollo de la industria y de la adquisición de las tecnologías limpias.

- El derrumbe el campo socialista y con este del Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME), órgano internacional que permitió a

---

Decreto Ley No. 320, Modificaciones al Sistema Perfeccionamiento Empresarial, G.O. Extraordinaria No. 21 de fecha 28 de abril de 2014; Decreto No. 323, Modificaciones sistema de perfeccionamiento empresarial. G.O. Ordinaria No. 21 de fecha 28 de abril de 2014; Tristán Arbesú (2014), artículo de prensa en el periódico digital Granma, donde refiere las modificaciones realizadas a los Decretos Leyes No. 252 y 281, en su condición de Jefa de área de perfeccionamiento de entidades de la Comisión permanente para la implementación y desarrollo donde se aplica el perfeccionamiento empresarial. Y con ello dar cumplimiento al lineamiento no. 15, que contribuya a la actualización del modelo económico dentro del sector estatal cubano.

<sup>21</sup> Decreto Ley No. 226 de 6 de diciembre de 2001, se inscriben en el registro: las empresas estatales en perfeccionamiento empresarial, las sociedades mercantiles, las empresas mixtas, las personas naturales extranjeras, otros sujetos que disponga el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

<sup>22</sup> Ley No. 118, Ley de la Inversión Extranjera. G. O. Extraordinaria No. 20 de fecha 16 de abril de 2014.

la nación cubana modernizar parte de su parque industrial y empresarial, desapareció y contribuyó a la heterogeneidad del parque industrial ya reseñado con anterioridad.

Todos estos análisis permiten argumentar a este autor, cuáles son las principales falencias del marco jurídico ordenador de la auditoría ambiental en Cuba para el sector estatal como institución jurídica, y de los aspectos concretos para el perfeccionamiento del marco jurídico en el Derecho Público, considerados en este ensayo, estos son:

*En el orden sustantivo:*

- El texto constitucional no reconoce a la Contraloría General dentro de los órganos del Estado.

- La Ley No. 81 de 1997, Ley del Medio Ambiente (artículo 18) no reguló la auditoría ambiental a pesar de su vínculo con la evaluación de impacto ambiental, la licencia ambiental, las producciones limpias y la regulación económica.

- Las normas jurídicas relacionadas con la práctica de la auditoría -Decreto Ley No. 159 de 1995, el Decreto No. 219 de 2005 y la Ley No. 107 de 2009- no regularon la auditoría ambiental.<sup>23</sup>

- La auditoría ambiental aparece regulada en el ordenamiento jurídico en el Acuerdo del Consejo de Estado del 2010, Reglamento de la Ley No. 107 de 2009.<sup>24</sup>

- En el ordenamiento jurídico coexisten el Decreto Ley No. 159 de 1995 y la Ley No. 107 de 2009, al no ser utilizada la técnica derogatoria.<sup>25</sup>

- El Decreto No. 228 de 1997 y el Decreto Ley No. 200 de 1999, no establecen supuestos contravencionales para esta actividad de control.<sup>26</sup>

*En el orden adjetivo:*

- La Ley No. 7 de 1977, no reconoce como parte en el proceso económico a la Contraloría General de la República.<sup>27</sup>

- La Ley No. 107 de 2009 y su Reglamento del 2010 solo establecen el procedimiento interno ante la inconformidad del auditado.

El salto que permitirá avanzar en el perfeccionamiento del

<sup>23</sup> Ley No. 107, de la Contraloría General de la República de Cuba. G.O. Ordinaria No. 29 de fecha 14 de agosto de 2009; Decreto Ley No. 219, De la Auditoría Gubernamental. G.O. Extraordinaria No. 14 de fecha 25 de abril de 2001.

<sup>24</sup> Reglamento de la Ley No. 107 de 2009, Acuerdo del Consejo de Estado de la República de Cuba, 2010.

<sup>25</sup> Decreto Ley No. 159, De la Auditoría. G.O. Ordinaria No. 20 de fecha 3 de julio de 1995.

<sup>26</sup> Decreto Ley No. 200, Contravenciones en materia de medio ambiente. G.O. Ordinaria No. 83 de fecha 23 de diciembre de 1999.

<sup>27</sup> Ley No. 7, de Procedimiento civil, administrativo, laboral y económico. G.O. Ordinaria No. 34 de fecha 19 de agosto de 1977.

ordenamiento jurídico cubano a esta institución jurídica será:

- Reconocimiento a la CGR en el texto constitucional.
- Regulación de la auditoría ambiental en la Ley del Medio Ambiente.
- Regular la auditoría ambiental en la Ley de Auditoría.
- Derogar el Decreto Ley No. 159 de 1995.
- Reconocer y regular la auditoría ambiental en la Ley de Empresas.
- Incorporar en los cuerpos normativos la auditoría ambiental para la responsabilidad administrativa (Decreto No. 228 de 1997 y en el Decreto Ley No. 200 de 1999).
- Modificar la Ley No. 7 para que se incorpore la CGR como parte en el proceso económico en sede judicial, Ley No. 7 de 1977, Libro IV.
- Regular dentro del Sistema Nacional de Contabilidad el subsistema para la contabilidad ambiental y el seguro ambiental.
- Incorporar en el proyecto de Ley de Aguas a la auditoría ambiental como actividad de control.<sup>28</sup>

Sirva este ensayo entonces, aportar desde el punto de vista teórico una sistematización de los elementos teóricos y normativos de la auditoría ambiental como herramienta de gestión, una propuesta de estructuración de los elementos subjetivos, objetivos y formales de la auditoría ambiental atemperados a las exigencias que impone el ordenamiento ambiental actual considerando la interrelación con el Derecho Administrativo, una primigenia valoración histórica, doctrinal y legislativa sobre la auditoría ambiental; se identifican, analizan y contextualizan los principios del Derecho Ambiental que la informan y se conforma un inventario de las instituciones vinculadas en su régimen jurídico a partir de la utilidad y finalidad de cada una de ellas, de las nuevas tendencias del control ambiental. Traerá consigo la sistematización y explicación doctrinal de los referentes del control administrativo en el ámbito jurídico sobre la base de la adecuación a las condiciones cubanas, para ello se conforman presupuestos jurídicos esenciales hasta ahora inexistentes, para sustentar el perfeccionamiento del régimen jurídico de la auditoría ambiental en Cuba e informar las iniciativas futuras.

---

<sup>28</sup> *Proyecto de Ley de Aguas Terrestres*. Asamblea Nacional del Poder Popular, La Habana, Cuba, 2016, artículo 122, donde solo se reconoce el actuar de la inspección estatal ejecutada por parte del CITMA y el Ministerio de Salud Pública, excluyéndose la auditoría ambiental, a pesar de haberse realizado una auditoría de gestión coordinada al recurso hídrico en el 2014.

Se pone a disposición de los operadores jurídicos, un material bibliográfico actualizado, con las más modernas consideraciones doctrinales sobre el tema. Desde el punto de vista legislativo normativo, se identifican las fortalezas y debilidades del marco legal específico de la auditoría ambiental en Cuba y su relación con el marco legal general relevante sobre la base del objeto y los límites de la investigación, se realizan las recomendaciones para emprender las modificaciones en concordancia con la inserción del nuevo marco teórico, lo que posibilita el perfeccionamiento del régimen jurídico de la auditoría ambiental en el sector estatal cubano. Conllevará a una retroalimentación, al justificar la sistematización en dos planos: la evaluación y aplicación del ordenamiento actual y la formulación de nuevos enunciados jurídicos, válidos para perfeccionar o servir de futuro referente a la institución jurídica analizada desde el Derecho Público. La contribución al desarrollo legislativo, tributara a los operadores jurídicos, auditores y contralores la valoración teórica axiológica e integración socio-jurídica en la materia *ius* ambientalista y la *ius* administrativista, al interrelacionar aspectos doctrinales, axiológicos y técnicos en el proceso de la estructuración lógico-normativa y la aplicación mediante la asimilación de los elementos históricos y socioeconómicos del control ambiental, con un enfoque interdisciplinario, por ser el Derecho Ambiental multidimensional, y en esta institución jurídica estudiada, consideramos estar presente el Derecho Administrativo Ambiental.

### **3 A MANERA DE CONCLUSIONES:**

Desarrollar y actualizar la doctrina *ius* ambientalista vinculada a la actividad de control administrativo a través de la auditoría ambiental. La doctrina jurídica ambientalista patria no existe alusión ni tratamiento a la auditoría ambiental, no se le menciona ni explica cuando se enumeran y desarrollan las herramientas de gestión, tampoco indirectamente se le ha abordado por otra rama o saber jurídico desconociéndola como una institución de esta índole y, por tanto, queda soslayada la relación jurídica especial que entraña entre los auditores y auditados de este tipo de auditoría. Se ha estudiado desde los saberes económicos y contables, a pesar de no estar incluida dentro del sistema contable nacional como uno de sus subsistemas por el Ministerio de Finanzas y Precios, lo que podría tributar la ciencia jurídica pues el mismo es válido por regulación normativa.

Se precisa el necesario enfoque interdisciplinario desde el



punto de vista científico con el desarrollo teórico atemperado al contexto de categorías e instituciones aplicables ya reconocidas y profundizadas por la doctrina foránea como la empresa responsable con el ambiente, la contabilidad ambiental, la ingeniería de procesos, la ingeniería ambiental, los sistemas de gestión ambiental, la etiqueta-certificación ambiental, y la póliza ambiental. Permitirá constatar la multidimensionalidad de la institución jurídica. Con ello se abrirá el debate y la investigación desde la ciencia del Derecho sobre la materia ambiental, permitirá crear una base doctrinal propiciadora de una mejor construcción normativa y la aplicación e interpretación de la norma, además de enriquecer y diversificar la ciencia jurídica cubana.

En la configuración doctrinal deberá ser atendida la conceptualización jurídica de la auditoría ambiental como una herramienta de gestión ambiental, como forma de actividad administrativa e incentivo mercantil. El entendimiento como proceso materializado mediante un procedimiento dividido en fases de preparación, ejecución y conclusión, fundamento del programa para su realización. Serán fijadas las diferencias entre la inspección ambiental y la auditoría ambiental en atención a sus elementos y finalidad como policía administrativa. Por su especialidad y finalidad, se establecerá una relación jurídica ambiental independientemente que se formalice como una relación administrativa, mercantil, o de otro tipo acorde se regule en el ordenamiento jurídico.

La sistematización de la auditoría ambiental, permitió la identificación de los elementos subjetivos, objetivos y formales. En el contexto cubano deberá desarrollarse el carácter subjetivo de la Contraloría General de la República, si esta auditoría pudiera ser realizada por las sociedades civiles y mercantiles de auditoría, la vertiente dentro de la responsabilidad social empresarial cubana. En la parte objetiva debe atenderse a los conceptos de tecnología limpia emitidos en Cuba, los requisitos de la etiqueta-certificación ambiental en el país, los índices de contaminación vinculados con la concepción tributaria novedosa en el sistema tributario por el impuesto sobre vertidos. En los elementos formales las formas que se reconozcan al realizar la auditoría ambiental determinarán los documentos necesarios: notificación, contrato (en su caso) e informe final. Los subjetivos y objetivos deben determinar el contenido del informe de la auditoría. La entrega de la certificación ambiental será coherente con la realización de la auditoría ambiental, es una de las finalidades de esta última; constituye un requerimiento de la tecnología aplicada y la



que se prevé introducir dentro de la empresa responsable con el ambiente (producciones limpias) como instrumento de mercado.

Actualizar el ordenamiento jurídico cubano en relación al reconocimiento de la auditoría ambiental como herramienta de gestión ambiental y de control administrativo. Atender dentro de la normativa ambiental relacionada con las herramientas de gestión la inclusión de la auditoría ambiental, identificadas de esta manera dentro de la doctrina internacional. La auditoría ambiental debe incorporarse desde la Ley de medio ambiente, hasta la normativa complementaria en el derecho sustantivo. Por la Contraloría General de la República se debe promulgar un programa para la auditoría ambiental como procedimiento, por su interdisciplinariedad y multidisciplinariedad, para que se entregue la certificación ambiental como parte de la responsabilidad social empresarial por el sujeto evaluador al concluir. Atender la unidad y coherencia de la regulación jurídica relativa a la auditoría ambiental, así como al principio de legalidad; al no estar derogado el Decreto Ley No. 159 de 1995 de la Auditoría en desuso, contradictorio y redundante en ocasiones con la vigente y actual norma en aplicación, Ley No. 107 de la Contraloría General de la República de 2009. Atender de forma especial la regulación de la auditoría ambiental en Cuba, debido a sus diferencias con los otros tipos de auditoría en sus elementos, integralidad y finalidad no solo de control sino para la certificación ambiental. Armonizar el Derecho Administrativo en su régimen sancionador para que en la ejecución de la auditoría ambiental pueda aplicarse el Decreto No. 228 de 1997, por parte de los auditores en correspondencia con los principios precautorio y de oportunidad y del Decreto Ley No. 200 de por parte de la inspección ambiental por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente en el acompañamiento a esta actividad de control administrativo, en atención a la articulación del sistema contravencional cubano en materia de exigencia de la responsabilidad administrativa.

Desarrollar dentro del ordenamiento jurídico el reconocimiento de la contabilidad ambiental dentro del Sistema Contable Nacional. Atender dentro de la normativa cubana en el Sistema Contable Nacional la inclusión de los términos de economía y contabilidad ambiental a partir de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico como condición requerida por estar vinculados con la auditoría ambiental como uno de sus subsistemas identificados de esta forma en la doctrina internacional por parte del Ministerio de Finanzas y Precios, ello permitirá analizar

dentro del presupuesto financiero el análisis del costo-utilidad-volumen a los empresarios como sujetos de gestión económica de sus partidas presupuestarias.

Actualizar el ordenamiento jurídico en relación al reconocimiento de las producciones limpias y la empresa responsable con el ambiente en la normativa ambiental. Atender los retos de la auditoría ambiental aplicada en el sector estatal cubano, al implementarse las producciones limpias para construir la futura empresa responsable con el ambiente con la certificación ambiental, independiente de las regulaciones de calidad ambiental, con un tratamiento conceptual y normativo acorde a nuestras condiciones particulares, no reconocida dentro del ordenamiento jurídico identificada de esta forma en la doctrina internacional. Ello permitirá atemperar la normativa ambiental acorde a los principios de acceso a la información ambiental, la cobertura financiera a través del seguro ambiental, los elementos de participación popular en la toma decisiones ambientales y la evaluación de impacto ambiental, identificadas de esta forma en la doctrina internacional. Y así reconocer las categorías referidas con anterioridad y otras asociadas en el aparato conceptual de la Ley del Medio Ambiente.

Realizar con enfoques interdisciplinarios e interinstitucionales la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas vinculadas a la actividad de control administrativo ambiental. Valorar la creación de futuros órganos judiciales, fiscales o administrativos encargados de forma exclusiva al tratamiento y solución de la materia ambiental, o en su defecto asegurar normativa y administrativamente el alcance o participación suficiente de los ya existentes, en el control administrativo ambiental. Será necesario reconocer en la ordenación jurídica del llamado Derecho de la Empresa por su trascendencia mercantil, laboral, financiera, económica en relación al control administrativo realizado a través de la auditoría ambiental.

En futuras modificaciones de la normativa jurídica atender el tratamiento al bien jurídico de los delitos ambientales en función de su especialización y la delimitación de la responsabilidad penal ambiental de la persona jurídica, pues constituye última ratio para tales conductas detectadas por la auditoría ambiental, como responsabilidad de los sujetos de gestión auditados en el sector estatal cubano. Dentro de la legislación penal, reconocer la responsabilidad de la Persona Jurídica, a partir de los cambios que se operan en el nuevo escenario mercantil con la actualización del modelo económico y social, que no es el que operaba en la década del 70

del pasado siglo con una economía centralizada a través de la empresa estatal socialista, donde se defina su concepto, los delitos en que podrá participar como sujeto activo, los mecanismos legales que permitan su detección y enjuiciamiento, y el procedimiento para aplicarse en estos procesos. En el tráfico mercantil nacional del siglo XXI coexisten varios sujetos de gestión económica, los que aparecen en este escenario el empresario individual con empresas privadas, y las cooperativas no agropecuarias. El régimen sancionador de los delitos con incidencia ambiental se agrupa en la familia de los delitos contra la economía nacional y la salud colectiva en la Ley No. 62 de 1987, resultando necesario ordenarlos en la familia de los delitos contra el medio ambiente y que con ello proteger los ecosistemas de la nación cubana en atención a lo regulado en la Ley No. 81 de 1997, que defina la responsabilidad de la Persona Jurídica.

## REFERENCIAS

AA.VV. (2004) *Temas de Derecho Administrativo cubano*, 2 Tomos, 1<sup>ra</sup> edición, Editorial Félix Varela, La Habana.

AA. VV. (2016) *La Constitución cubana de 1976: 40 años de vigencia*, Editorial UNIJURIS, La Habana.

AA. VV. (2015) *Antología de la Revista Cubana de Derecho Ambiental. Panorama del Derecho Ambiental Cubano*, Editorial Geotech CITMA, La Habana, p.7 y ss.

AGUILERA MESA, I. (2005) *Proyecto de programas para la realización de auditorías de gestión ambiental*". Universidad de La Habana.

ALEXY, R. (1997) *Teoría de la argumentación jurídica*, Editorial Shurkand, Madrid.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2010) La auditoría ecológica, un instrumento en la gestión ambiental. *Revista Derecho y Medio Ambiente*. n.21, 2010, p.18.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2015) La auditoría ambiental: Una revisión y propuestas en clave de su función pública y dimensión empresarial. *Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión*, número 26, España.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2016) El tratamiento jurídico de la etiqueta-certificación ambiental: regulación en el derecho cubano, *Revista Apuntes de Ciencia & Sociedad*, número 1, Perú.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. y Ramírez Sánchez A. (2016) La potestad inspectiva v/s auditoría pública. Ojeada histórica dentro del Derecho Administrativo Ambiental cubano, *Revista Dos Tribunais Thomsonreuters*, número 967, Brasil.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2016) Sistema de Contraloría General de La República en Cuba, *Revista Apuntes de Ciencia y Sociedad*. número 2, Perú.

ARMADA TRABAS, E. (2005) *Metodología para desarrollar auditorías de gestión en Cuba*. Universidad de La Habana, Cuba.

ARTEAGASILVA, K. (2015) Tesis de maestría: *Ecogestión y Ecoauditoría, un instrumento de protección medio ambiental*, Universidad Complutense de Madrid.

ATIENZA, M. (2004) *Argumentación y legislación*, Editorial Thomson Civitas, Madrid.

AYES AMETLLER, G. (2003) *Medio Ambiente: impacto y desarrollo*, Editorial Científico Técnica, La Habana.

AFONSO DA SILVA, J. (2009) *Derecho Ambiental Constitucional*, Editorial Método, Brasil.

BEJERANO PORTELA, G. (2014) *Informe a la Asamblea Nacional del Poder Popular. Las Auditorías de Gestión Cooperadas ejecutada por la CGR a los recursos hídricos en la nación*, La Habana.

BELMONTE MARTIN, I. (2009) *La ecoauditoría: un instrumento para la defensa del ambiente*. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche* 4. España.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2001) *Instituciones de Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, Madrid.

BELLORIO CLABOT, D. (2004) *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo III, 1ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires.

BELLORIO CLABOT, D. (2013) *El nuevo paradigma ambiental y jurídico*, *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Argentina.

BUSTAMANTE ALSINA, J. (1995) *Derecho Ambiental, fundamentación y normativa*, Editorial Abeledo Perrot, 1<sup>ra</sup> edición, Argentina.

BIFANI, P. (1999) *Medio ambiente y desarrollo sostenible*, 4<sup>ta</sup> edición, Editorial Madrid, España.

BRAÑES BALLESTEROS, R. (1997) *La fundación del Derecho Ambiental Latinoamericano*, PNUMA, México.

BRAÑES BALLESTEROS, R. (2001) *Informe del Derecho Ambiental en Latinoamérica, análisis histórico-doctrinal y jurídico desde el Derecho Ambiental*, 1<sup>ra</sup> edición, PNUMA, México, pp.9-114.

CAFFERATA, N. (2008) *Naturaleza jurídica del Derecho Ambiental*, Editorial INE Semarnat, Mexico.

CAFERRATA, N. (2013) *Análisis del marco regulatorio en los países de América Latina y el Caribe. Economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza*, PNUMA.

CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. (2010) *Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad*, *El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI*. Universidad de La Habana, Cuba.

CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. (2011) *Estudios sobre Derecho del Ambiente*, Editorial Hermanos Vadell, Caracas.

CÁNOVAS GONZÁLEZ, D. (2012) *Necesidades y potencialidades del Derecho Ambiental cubano*, CITMA. Cuba.

CARABALLO MAQUEIRA, L. (2014) *El Derecho Ambiental. Realidades y esperanzas*, Editorial Acuario, La Habana.

CARMONA LARA, M. (2005) *Aspectos jurídicos de la auditoría ambiental en México*, UNAM, Mexico.

CARRERAS, JULIO A. (1990) *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, 3<sup>ra</sup> reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.

CASTILLO TÉLLEZ, C. (2014) *Memoria histórica de la actividad de la auditoría pública en la República de Cuba*, Contraloría General de la República de Cuba.

COOPERS & LYBRAND (1997) *Los nuevos conceptos de control interno*, Editorial Días de Santos, España.

CRUZ SARDIÑAS, T. (2013) *El derecho al desarrollo sostenible. Una actualización obligada para la doctrina del Derecho Ambiental*, CITMA, La Habana.

DE BESA ANTUNES, P. (2010) *Direito Ambiental*, Editorial Lumen Juris, Brasil.

DE LUCAS, J. (2006) *Introducción a la Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana.

DI TRINDADE AMADO, F. (2011) *Derecho Ambiental Esquemático*, Editorial Método, Brasil.

DA CONCEIÇÃO DA COSTA MARQUES, M. (2012) *La problemática de la auditoría ambiental*, Revista Empresarial, Portugal.

DIEZ PICAZO, L. (1976) *Sistema de Derecho Civil*, Editorial Tecnos, Madrid.

ESTEVE PARDO, J. (2008) *Derecho del medio ambiente*, 2ª edición, Editorial Marcial Pons, España.

ELSTEIN, S. (2012) La auditoría del medio ambiente crece y evoluciona para afrontar los retos de un ambiente cambiante, *Revista de Auditoría Gubernamental*, INTOSAI, Brasil.

FERNÁNDEZ BULTÉ, J. (2005) *Historia del Estado y Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana.

FERNÁNDEZ BULTÉ, J. (2005) *Teoría del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2012) La inspección ambiental, *Revista Medio Ambiente y Administración Local*, España, pp.1-26.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2008) *Las auditorías*

*ambientales*, Editorial Tirant lo Blanch, España.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2010) El régimen jurídico de las evaluaciones de impacto ambiental, las evaluaciones estratégicas y las auditorías ambientales, *Documento TOL* 1.436.850, España.

FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRÁ, Á. (1999) *Ley No. 81 de 1997, del Medio Ambiente. En más de 150 preguntas y respuestas*. Editorial Ministerio de Justicia, La Habana.

FIX-ZAMUDIO, H. (2010) Los derechos humanos y su protección jurídica en Latinoamérica. *Revista Ciencias Jurídicas*. México.

FRONTI DE GARCÍA, L. (2007) *Contabilidad Ambiental, segmento contable para el Siglo XXI*. Editorial Cooperativas, Argentina.

GARCÍA FERNÁNDEZ, J. (2002) Algunas reflexiones sobre el desarrollo de la gestión ambiental cubana, *Revista Cuba: Medio Ambiente y Desarrollo*, número 2, La Habana, pp.1-8.

GARCÍA URETA, A. (2016) Potestad inspectora y medio ambiente: Derecho de la Unión Europea y algunos datos sobre las Comunidades Autónomas, *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, número 54, España, pp.1-36.

GARCINI GUERRA, H. (1986) *Derecho Administrativo*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.

GÓMEZ GARCÍA, L. (2011) Auditoría Ambiental, voluntaria u obligatoria. Importancia de implementar la auditoría ambiental en la industria. *Revista de Orden Público, Estado y Derecho*, número 11. México.

GONZÁLEZ NOVO, T. (1998) *Cuba, su medio ambiente después del medio milenio*”, Editorial Científico-Técnica, La Habana.

GONZÁLEZ NOVO, T. (1999) *Legislación ambiental: una herramienta*. Editorial Academia, La Habana.

HARLEM BURLAND, G. (1984) *Informe Nuestro Futuro Común*. ONU.

HERNÁNDEZ TORRES, V. (2007) *Marco institucional ambiental*. Derecho Ambiental cubano. Editorial Félix Varela, La Habana.

HERRERIAS ARISTI, E. (2009) *Relación de la Auditoría Ambiental y las normas ISO 14000. La protección y seguridad del medio ambiente laboral*. Editorial Porrúa. México.

HERAS, I. (2008) Evolución al reglamento de las EMAS en la Unión Europea y España, *Revista Ambienta*, Universidad del país vasco, España.

LANCÍS Y SÁNCHEZ, A. (1950) *La primera obra cubana de Derecho Administrativo*, Anuario de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público, La Habana.

LANCÍS Y SÁNCHEZ, A. (1952) *Derecho Administrativo. La actividad administrativa y sus manifestaciones*, 3<sup>ra</sup> edición, Editorial Cultural, S.A., La Habana.

LEE, H. (1998) *Manual de Auditoría Medioambiental. Higiene y Seguridad*. Editorial Mc Graw-Hill, Estados Unidos de América.

LEFF, E. (1998) *El saber ambiental*. Editorial Siglo XXI, México D. F.

LUSTOSA DA COSTA, C. (2014) Las auditorías coordinadas y sus contribuciones para los Estados Federales: la experiencia de la auditoría en la Amazonía. *Revista OLACEFS*, número 5. Brasil.

MARTÍN MATEO, R. (1993) La ecoauditoría. *Boletín de Estudios Económicos*, numero 150. España.

MARTÍN MATEO, R. (1991) *Tratado de Derecho Ambiental*, 1<sup>ra</sup> edición, Editorial Trivium, España.

MARTÍN MATEO, R. (1997) *Derecho Administrativo Ambiental*, 6<sup>ta</sup> edición, Editorial Trivium, España.

MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L. (2006) *Derechos fundamentales y medio ambiente*, Universidad Complutense de Madrid, España.

MATILLA CORREA, A. (2011) *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba*. Editorial Dykinson, España.

MÉNDEZ LÓPEZ, J. (2003) La constitución política. Papel que desempeña en la protección del Derecho Ambiental". *Revista Santiago*. Santiago de Cuba.



MUÑOZ VALDÉS, G. (1982) *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana.

MORALES LAMBERTI, A. (1999) *Derecho Ambiental. Instrumentos de política y gestión ambiental*, Editorial Alveroni, Argentina.

MORA RUIZ, M. (2007) *La gestión ambiental compartida. Función Pública y Mercado*. Editorial Lex Nova, España.

MORA RUIZ, M., (2012) Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general, *Revista Derecho y Conocimiento*, España.

MURAD ROBLES, P. (2003) Tesis de maestría: *Fundamentación y evolución jurídica de la auditoría ambiental en México*, UNAM, México D.F.

MURAD ROBLES, P. (2009) *La auditoría ambiental voluntaria, concepto, antecedentes, fundamentación jurídica y evaluación*, Editorial Porrúa, México D.F.

MÉNDEZ ORTÍZ, L. (2009) Tesis de maestría: *Normas ISO 14000 como instrumento de gestión ambiental empresarial*, Universidad de Veracruz.

NAVARRETE LIGARTE, P. (2007) La empresa y la certificación ambiental. *Revista Ambiente Hoy*, número 4. Colombia.

NOGUEIRA LÓPEZ, A. (1997) Tesis doctoral: *Régimen jurídico de la auditoría ambiental*. Universidad Santiago de Compostela. España.

NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2000) Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial, *Revista Indret*, España, pp.5-47.

NOGUEIRA LÓPEZ, A. (1998) Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 12, España, pp.61-96.

NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2010) *Hacia un EMAS de alcance internacional en competencia con la ISO 14001: notas a la revisión del Reglamento EMAS*, Revista electrónica Actualidad Jurídica Ambiental, España.

PAREJO ALFONSO, L. (2015) *El derecho ante la innovación y los riesgos*

*derivados del cambio climático*, 1<sup>ra</sup> edición, Editorial Tirand lo Blanch, España.

PAREJO ALFONSO, L. (2013) *El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública*, Editorial Aranzadi, España.

PÁEZ SANDUBETE, J. (2008) La auditoría medio ambiental en la Unión Europea, una perspectiva contable, *Revista Contable*, España.

PADIN, M. (2011) La auditoría ambiental y las normas ISO 14000, *Revista Foro de Contabilidad Ambiental y Social*, número 5, Argentina.

PEREIRA BASANTA, J. (2011) *La autorización ambiental en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: introducción a su régimen jurídico en Cuba*. Universidad de La Habana.

PÉREZ BELLO, Á. (1999) *La contabilidad de gestión y el medio ambiente*". Universidad de Granma. Cuba.

PELEGRÍN MESA, Á. (2011) Reflexiones sobre el grado de avance de la contabilidad medio ambiental en Cuba, *Revista electrónica de contabilidad y finanzas COFIN Habana*. Cuba.

PELEGRÍN MESA, Á. (2011) Procedimientos para evaluar la gestión de costos medio ambientales dentro del nuevo paradigma de la contabilidad de gestión. *Revista electrónica de Contabilidad y Finanzas COFIN Habana*. Cuba.

POZO CEBALLOS, S. (2011) Naturaleza y papel de la Contraloría General de la República de Cuba dentro del sistema de control externo. *Revista electrónica de contabilidad y finanzas COFIN*. La Habana.

PRIETO VALDÉS, M. (2003) *El ordenamiento jurídico cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, pp.143-149.

PRIEUR, M. (1991) *Droit de l'environnement*, Editorial Dalloz, 2<sup>da</sup> edición, París.

PIGRETTI, E. (2004) *Derecho Ambiental Profundizado*, Editorial La Ley, Buenos Aires.

RAMADORI, D. (2013) *Auditoría ambiental. Factor de éxito en la política ambiental*, Fundación OIKOS, Argentina, 2013.

REY SANTOS, O. (2007) *Sobre los Instrumentos de la gestión ambiental. Derecho Ambiental Cubano*, 2<sup>da</sup> edición, Editorial Félix Varela, La Habana.

REY SANTOS, O. (2013) *Fundamentos del Derecho Ambiental*, Editorial CIABO, La Habana.

ROSA MORENO, J. (2000) *El Derecho ambiental en Latinoamérica*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, pp.13-21.

RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S. (2003) El fomento de la ecoauditoría como estrategia interventora, *Revista REDA*, número 119, España.

RINALDI, G. (2013) *Estudios sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y caribeño*, PNUMA.

RÍOS GUAL, J. (2006) Auditorías del medio ambiente en el mundo empresarial, *Revista Magnagement & Empresa*, España.

REBOLLO PUIG, M. (2011) *La actividad inspectora*, Editorial Iustel, España.

REBOLLO PUIG, M. (1999) La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad, *Revista Vasca de Administración Pública*, número 54, España.

RIVERO ORTEGA, R. (2000) *El Estado vigilante*, Editorial Tecnos, Madrid, pp. 79-85.

SANTI, R. (1917) L'ordinamento giuridico, *Annali delle Università Toseane*, Italia.

SANTI, R. (1963) *El ordenamiento jurídico*, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

SANZ RUBIALES, I. (2014) *Cambio climático y Unión Europea: presente y futuro del mercado europeo de emisiones*, Editorial Tirant Lo Blanch, España.

SOLER DEL SOL, A. (2013) *El Derecho al alcance de todos, Ley No.81 Ley del Medio Ambiente*". Editorial ONBC, La Habana.

SOTO HUANCA, R. (2012) La auditoría ambiental y su proceso en el

contexto de la auditoría integral, *Revista Ciencia y Desarrollo*, número 3, España.

TUA PEREDA, J. (2008) Evolución y situación actual del pensamiento contable. La inserción de la contabilidad ambiental en la empresa. *Revista Legis de Contabilidad & Auditoría*, número 24. Colombia.

TUA PEREDA, J. (2012) Pacioli la partida doble y el renacimiento. *Revista de Contabilidad*. España, 2012.

JORDANO FRAGA, J. (1995) *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Editorial José María Bosch, Barcelona.

TOLEDANO CORDERO, D. (2012) *El derecho al disfrute de un medio ambiente sano. Reconocimiento constitucional y formas de garantía*, Universidad de La Habana. Cuba.

*Libro Verde* (2003) *Marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas.

*Libro Blanco en Ciencias Ambientales* (2004) Agencia Nacional de la Calidad y Evaluación, España.

LORENZETTI, R. (2008) *Teoría del Derecho Ambiental*, 1ra edición, Editorial Porrúa, México.

LOPERENA ROTA, D. (2003) *Desarrollo sostenible y globalización*, Editorial Thomson-Aranzadi, Argentina. pp. 3-16.

LOZANO CUTANDA, B. (2014) *Tratado de Derecho Ambiental*. Editorial CEF, España.

LOZANO CUTANDA, B. (2004) *Derecho Ambiental Administrativo*, 5<sup>ta</sup> edición, Editorial Dykinson, España.

LUSTOSA DA COSTA, C. E. (2014) Las auditorías coordinadas y sus contribuciones para los Estados Federales: la experiencia de la auditoría en la Amazonía, *Revista OLACEFS*, número 15, Brasil.

QUINTANA LÓPEZ, T. (2000) *El sistema comunitario de ecoauditoría. Aproximación a su puesta en funcionamiento en, obra colectiva El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, tomo III, Editorial Tirant lo

Blanch, España.

WOLISKY, J. (2012) *Manual de auditoría integral y ambiental*, Editorial Buyatti, Argentina.

VAN LEEUWEN, S. (2013) El desarrollo de la auditoría ambiental dentro de la INTOSAI. *Revista Internacional de Auditoría Gubernamental*, número 1, Estados Unidos de América.

VARELA Y MORALES, F. (1944) *Observaciones sobre la monarquía española seguidas de otros trabajos*, Editorial de la Universidad de La Habana.

VIAMONTES GUILBEAUX, E. (2012) *Derecho y Medio Ambiente: protección de la salud y la calidad de vida*, Editorial Pablo de la Torriente Grau, La Habana.

VILLARDEFrancos ÁLVAREZ, M. (2006) La auditoría como proceso de control: concepto y tipología”. *Revista Ciencias de la Información*, número 2, La Habana.

VILLAVELLA ARMENGOL, C. (2011) Los derechos humanos y el medio ambiente, su tratamiento en el Derecho Constitucional comparado, *Revista electrónica de Estudios Jurídicos CUBALEX*, La Habana.

VILLACORTA CAVERO, A. (2012) Ecoauditoría: una necesidad actual, *Revista de la Asociación Interamericana de Contabilidad*, España.

Artigo recebido em: 21/07/2017.

Artigo aceito em: 25/08/2017.

**Como citar este artigo (ABNT):**

SANCHÉZ, Alcides Antunez; TELLO, Lucas Guanoquiza. El Control Público desde la Dimension Ambiental. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 11-53, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1117>>. Acesso em: dia mês. ano.



# O NASCIMENTO DO DIREITO À ALTERIDADE NA CIDADE

**Émilien Vilas Boas Reis**

Pós-doutor em Filosofia pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto (Portugal).  
Doutor e Mestre em Filosofia pela PUC-RS; Graduado em Filosofia pela UFMG.  
Professor de Filosofia e Filosofia do Direito da Graduação e do Mestrado em Direito  
Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior  
Dom Helder Câmara (Belo Horizonte - MG).  
Email: mboasr@yahoo.com.br

**Bruno Torquato de Oliveira Naves**

Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas.  
Professor do Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento  
Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara.  
Coordenador do Curso de Especialização em Direito Urbanístico  
e Ambiental da PUC Minas Virtual.  
Professor nos Cursos de Graduação e Especialização em Direito da PUC Minas e da  
Escola Superior Dom Helder Câmara  
Pesquisador do CEBID – Centro de Estudos em Biodireito.  
Email: brunotorquato@hotmail.com

## RESUMO

Com a Reforma Protestante e as grandes navegações, a consideração com o outro e o diferente passa por alterações, especialmente, frente aos considerados infiéis e aos nativos do Novo Mundo. Por outro lado, no século XVI, a Península Ibérica vivia a Era de Ouro, com o renascimento da Escolástica e o florescimento de importantes universidades jurídicas, com acentuado desenvolvimento da Ciência do Direito. O dominicano espanhol Francisco de Vitória é um expoente desses movimentos filosófico e jurídico. Este artigo objetiva compreender a contribuição de Vitória para o desenvolvimento da relação com os índios e, por consequência, para a reelaboração da alteridade. Por meio de pesquisa bibliográfica e método qualitativo, buscaram-se nos escritos de Vitória e nos contextos histórico, filosófico, teológico e jurídico, os elementos necessários para a reconstrução de sua concepção acerca do direito natural e para a verificação da possibilidade de se reconhecer, em relação aos índios, a racionalidade e o direito de domínio sobre suas terras. O projeto de construção dos direitos humanos está presente em Vitória, na defesa da universalidade da razão

para todos os seres humanos e no reconhecimento do direito dos índios a não serem expropriados. Com isso, Vitória amplia a noção ética de alteridade vigente à época.

**Palavras-chave:** alteridade; índios; direitos humanos; direito natural; Francisco de Vitória.

*THE BIRTH OF THE RIGHT TO ALTERITY IN THE CITY  
The right of indigenous in Francisco de Vitoria*

**ABSTRACT**

*With the Protestant Reform and the great navigations, the consideration about the other and with the different one, goes through changes, especially against the ones considered infidels and the natives of the New World. On the other hand, in the sixteenth century, the Iberian Peninsula lived the Golden Age, with the rebirth of Scholasticism and the flourishing of important juridical universities, with a marked development of Law Science. The Spanish Dominican Francisco de Vitoria is an exponent of these philosophical and juridical movements. This article aims to understand the contribution of Vitoria to the development of the relationship with the indigenous and, consequently, to the reworking of alterity. By means of bibliographical research and qualitative method, they searched in the writings of Vitoria and in his historical, philosophical, theological and juridical contexts. the elements of reconstruction of his concept about natural law and to see the possibility of recognizing the rationality of the indigenous and the property right over their lands. The project of human rights construction is present in Vitoria, in the defense of the universality of reason to all human beings and in the recognition of the right of the indigenous not to be expropriated. Thus, Vitoria expands the ethical notion of alterity present at that time.*

**Keywords:** alterity; indigenous; human rights; natural law; Francisco de Vitoria.



## INTRODUÇÃO

De certa forma, o mundo europeu era, até à época do descobrimento da América, uma unidade. Esta concepção irá mudar, principalmente, a partir do século XV, com a Reforma Protestante e as grandes navegações. Com Lutero, a religião cristã se fragmenta em inúmeras denominações e, por conseguinte, estas se espalham por toda a Europa. Para completar a divisão, algumas décadas depois, as descobertas de outras terras, povos e culturas irão fazer com que os europeus questionem ainda mais essa unidade na Europa.

No meio dessa efervescência histórica, a pergunta pelo “outro” torna-se uma questão fundamental. O europeu, ao se deparar com o aparentemente outro radical, terá que pensar não apenas sobre o diferente, mas sobre sua própria situação no mundo e sua humanidade.

O século XVI, período em que tais questões serão mais bem-elaboradas, é a ocasião em que há uma redescoberta da Escolástica em Portugal e Espanha. Curioso é que tais países serão protagonistas na época das navegações. Muitos de seus teóricos utilizaram o arcabouço escolástico, a própria originalidade e o contexto histórico para refletirem sobre as consequências dos acontecimentos. Uma das implicações é a reflexão sobre a alteridade. Por isso, tais autores podem ser denominados de precursores da alteridade em sentido prático, já que o momento foi condição para isso.

A cidade é o local por excelência da alteridade, propiciando o uso de um espaço comum que deve levar em consideração a diversidade. O texto em questão tem a pretensão de trazer para a reflexão da alteridade na cidade o dominicano espanhol Francisco de Vitória, que pode ser considerado um dos primeiros pensadores a refletir como a diferença poderia conviver em um espaço comum.

O objetivo central do artigo é compreender a contribuição de Vitória para o desenvolvimento da relação com os índios e, por consequência, para a reelaboração da alteridade. Esse intento é fundamental para a compreensão do nascimento dos direitos humanos e de sua característica mais famosa – a universalidade –, bem como para a compreensão da alteridade na cidade, espaço de convivência revalorizado com a Modernidade.

Por meio de pesquisa bibliográfica e método qualitativo, buscam-se nos escritos do próprio Francisco de Vitória e nos contextos histórico, filosófico, teológico e jurídico, os elementos para reconstrução de sua concepção acerca do direito natural e para verificação da possibilidade de

se reconhecer aos índios a racionalidade e o direito de domínio sobre as terras do Novo Mundo.

Inicialmente, será feita a contextualização política do período histórico – o século XVI. Far-se-á necessário caracterizar a segunda Escolástica e as consequências dos descobrimentos, oriundos das grandes navegações. Em seguida, ver-se-á como o surgimento do índio, “o outro” por excelência, proporcionará debates a respeito da alteridade. Na sequência, será abordado o contexto jurídico, em que se pretende localizar o pensamento de Vitória na Ciência Jurídica da época. Passa-se, então, à análise das questões da alteridade e dos direitos humanos. Por uma escolha metodológica, três textos de Francisco de Vitória serão analisados com esse viés. A ideia principal é poder demonstrar como a reflexão sobre a alteridade depende do contato com o totalmente diferente e como desse contato nascem os direitos humanos e sua aspiração à universalidade.

## **1 A SEGUNDA ESCOLÁSTICA E A ERA DOS DESCOBRIMENTOS**

A segunda Escolástica foi um movimento intelectual de reaproximação no século XVI da Escolástica, pensamento este ocorrido entre os séculos XII e XIV. Sua criação e consolidação ocorrerão principalmente na Península Ibérica. O contexto cultural foi imprescindível para que novas reflexões surgissem, primeiro, na Europa e, depois, no Novo Mundo (América). Tomás de Aquino (1225-1274) torna-se a principal referência deste período, sendo comentado por diversos autores. Entretanto, a partir desta influência, um pensamento original surgirá desta situação. A respeito deste período, de acordo com De Boni:

Dois desafios estão por trás de seu brilho: a consciência da necessidade de repensar a fé cristã ante os problemas dos novos tempos, tais como a Reforma e a Filosofia Moderna, e os descobrimentos marítimos, que juntos trouxeram questionamentos jamais colocados anteriormente. É característico dessa época o fato de a obra a ser comentada nas cátedras de teologia não ser mais o Livro das Sentenças de Pedro Lombardo e sim a Suma Teológica de Tomás de Aquino. Nos primeiros anos do século XVI, o dominicano italiano Tomás de Vio Caietano comentou a Suma Teológica e seu confrade Francisco de Silvestre de Ferrara, a Suma Contra os Gentios (esses comentários foram anexados às respectivas obras do Aquinate na edição crítica iniciada no século XIX). Poucos anos depois, o espanhol Francisco de Vitória, também

dominicano, comentou igualmente a Suma Teológica. Por esse caminho seguiu-se, então, a eles, uma plêiade de teólogos, filósofos e juristas, composta principalmente de dominicanos e jesuítas (estes recém-fundados). (DE BONI, 2009, p. 5).

Dentro deste contexto, a Escola de Salamanca será fundamental para a segunda Escolástica: “Ugualmente si parla di una Scuola di Salamanca, intendendo così quei teologi spagnoli che utilizzarono i materiali della tradizione tomista per comprendere i problemi sollevati dalla scoperta dell’America”. (SCATTOLA, 2009, p. 53). A Universidade de Salamanca é anterior à segunda Escolástica. Foi estabelecida por Afonso IX, entre 1218 e 1220. Em 1255, Alexandre IV concedeu-lhe os direitos das grandes universidades europeias. Na Renascença, Salamanca tornou-se bastante reconhecida devido aos seus estudos humanísticos. Mas é a partir do século XVI que a Universidade colocará seu nome de vez na história ocidental:

Em consonância com as determinações do Concílio de Trento, Salamanca instituiu, em 1560, uma cadeira apologética. Teólogos da envergadura de Francisco de Vitória (1483-1546), Bañes (1528-1604), Domingos de Soto (1484-1560), todos dominicanos, e o jesuíta Francisco Suárez (1548-1617) ilustraram, sobremaneira, o *studium Salmanticense*, seja em filosofia, seja em teologia. Com esse corpo de professores, ofuscou-se o brilho da Sorbona. (ULLMANN, 2000, p. 295).

Nesse ambiente universitário fez-se necessário refletir sobre os novos tempos, o que consistiu em lidar com o desconhecido, o diferente, o novo, isto é, a descoberta da América e suas consequências. O descobrimento trouxe consigo diversas questões jurídicas, filosóficas, teológicas e morais. Sobre os problemas jurídicos, pode-se citar: “[...] el atinente a la forma más conveniente de tomar posesión de las tierras; el relativo al derecho al dominio político que España tenía sobre las tierras descubiertas; y, en fin, el referente a la licitud de la guerra que se hacía a los indios, que habían de repercutir necesariamente sobre el derecho a la conquista”. (RUIZ, 2007, p. XXXVII-XXXVIII).

Antes mesmo da descoberta da América, em 1492, portugueses e espanhóis já haviam traçado planos para tomarem posse das eventuais terras encontradas. Nesse sentido, os monarcas se cercavam de juristas e eclesiásticos, a fim de concretizarem seus planejamentos<sup>1</sup>. Após o desco-

<sup>1</sup> Sobre esse ponto, pode-se fazer menção aos seguintes documentos pontifícios: *Sicut Carissimus* (04/04/1418), *Cum dum praeclarae* (09/01/1433), *Divino Amore* (08/01/1452), além do Tratado de Alcáçovas (04/09/1479). Cf. RUIZ, 2007, p. XXXVIII-XXXIX, nota 5.

brimento, em 3 de março de 1493, o papa Alexandre VI expede a bula *Inter Cetera*, primeira de cinco documentos, que ficarão conhecidas como bulas alexandrinas. Juntamente com outras nove bulas, estes documentos davam a posse aos espanhóis e também reis católicos, Fernando e Isabel, e à coroa portuguesa as terras que seriam descobertas:

Lo que debe resaltarse es que, al momento de otorgase, la doctrina y la práctica política consideraba que la potestad pontificia podía otorgar las tierras nuevas pobladas por paganos. Expedidas las bulas, se planteó inmediatamente la cuestión de si concedían un verdadero dominio político o sólo un poder especial para propagar el Evangelio; y, si se trataba de un dominio político auténtico, se suscitó el tema de cómo se incorporaban a la Corona de Castilla. (RUIZ, 2007, p. XLVI-XLVII).

Com a colonização, a terra descoberta foi dividida e os índios foram encomendados aos colonizadores. A *encomienda* consistia em um contrato no qual o rei cedia ao colonizador o direito de angariar riquezas, enviando uma parte para a metrópole, mas este ficava obrigado a educar os índios sob seus cuidados na fé cristã e a defender as novas terras em nome da Coroa.

Inicia-se na Europa um debate a respeito dos índios e das terras recém achadas. Tinham os indígenas direitos sobre a terra onde se encontravam? As terras eram da Coroa? Tais questões não estavam muito claras entre os pensadores europeus. No ponto de vista dos reis e colonizadores, as terras descobertas deviam ficar em posse dos europeus, uma vez que o interesse econômico estava presente. Por outro lado, dentre os intelectuais, as questões postas eram mais difíceis de serem respondidas.

## 2 O CONTEXTO JURÍDICO DE FRANCISCO DE VITÓRIA

Embora tenha estudado Artes e Teologia na Universidade de Paris, Francisco de Vitória acabou também influenciado pelo conteúdo jurídico que se disseminava na Europa, com o renascimento da jurisprudência romanista.

Seu ambiente de formação e, sobretudo de docência, já na maturidade, é permeado por uma consciência normativa e argumentativa, com análise de casos práticos.

Sob a luz dos comentadores ou bartolistas<sup>2</sup>, Francisco de Vitória

<sup>2</sup> Os comentadores constituíram um movimento de análise do *Corpus Juris Civilis*, durante os séculos

ria interessou-se pela análise jurídica das autoridades civil e eclesiástica, examinando o exercício de seus poderes, bem como sua relação. Definiu a preeminência da autoridade espiritual do Papado sobre o poder civil, mas não a autoridade temporal, e foi um dos precursores a trabalhar os princípios dos direitos das gentes, embrião do Direito Internacional, na obra já citada *De Potestate Civili*.

É sintomático o fato de Vitória culminar sua carreira como catedrático na Universidade de Salamanca, grande centro de estudos romanistas, fundado sobretudo no *mos italicus juris docendi*.

O *mos italicus* foi o método de análise e ensino adotado pela Escola dos Comentadores ou pós-glosadores, a partir do século XIV, o qual imprimiu um sentido prático na utilização do *Corpus Juris Civilis*, com procedimentos filológicos, analíticos e sintéticos, integrando fontes locais do Direito na sua aplicação. O método ainda guardava reverência à autoridade do *Corpus*, mas também se utilizava das glosas da escola anterior (dos glosadores) e dos costumes regionais, dos princípios feudais e do direito eclesiástico. Adotou-se o método de “argumentação, debate e polêmica típico da escolástica” (CAENEGEM, 2000, p. 74), que permitiria ao Direito assumir uma postura científica.

Da análise do texto romano extraíam-se princípios gerais a guiar a solução de casos concretos. Preservava-se, no entanto, a autoridade do texto, cujos princípios eram incontestáveis.

O objetivo era alcançar o *sensus* do texto, isto é, seu intento já não se satisfazia em aclarar a letra (*littera*) do *Corpus*, como os glosadores fizeram, mas atingir o seu espírito, o seu conteúdo prático.

Juntamente com outros teólogos morais e juristas espanhóis, Vitória promove o jusracionalismo europeu, naquele momento atrelado ao renascimento da jurisprudência romana.

Esse renascimento da jurisprudência encontrou nas universidades laicas recém-constituídas o ambiente propício para recusar as tradições feudais e aliar-se aos interesses burgueses. As mudanças jurídicas principais deveram-se, sobretudo, à unidade do objeto das ciências jurídicas, que se debruçaram sobre o *Corpus Juris Civilis*, e à unidade de métodos

---

XIV a XVI, que atuou no renascimento da jurisprudência romanística. Naquela época, nas recentes universidades de Direito, o *Corpus* foi utilizado como uma fonte de racionalização dos métodos jurídicos, permitindo o ressurgimento da técnica jurídica e da teorização e a valorização das abstrações normativas. Um dos mais importantes membros desse movimento foi Bártolo de Sassoferrato, jurisconsulto italiano reconhecido por seus comentários. Em razão de sua fama, os juristas dessa escola eram também conhecidos por bartolistas. Esse reconhecimento deu origem a um adágio latino muito famoso nas universidades de Direito da Idade Moderna: *Nemo bonus jurista nisi bartolista*, isto é, “ninguém é bom jurista se não for bartolista”.

empregados pelos juristas, dentre os quais a dialética escolástica.

Sob as luzes que formariam a moderna Escola de Direito Natural, Francisco de Vitória é um dos precursores da nova ciência jusnaturalista, no esteio da tradição tomista, mas com um objetivismo axiológico, pelo qual os valores e princípios assumem validade objetiva e universal, independentemente da experiência dos indivíduos.

Hugo Grotius (1583-1645), grande expoente da Escola de Direito Natural e considerado por muitos como o pai do Direito Internacional, em *De Jure Belli ac Pacis* (1625), refere-se a Francisco de Vitória como uma de suas influências tanto na elaboração dos princípios que advêm da experiência jurídica comum oferecida pela tradição moral-teológica espanhola, sobretudo sobre o direito das guerras coloniais e religiosas, como na restrição à posição do papa Inocêncio IV (GROTIUS, 2005).

O papa Inocêncio IV sustentou a justeza da guerra contra aqueles que contrariassem a natureza e Francisco de Vitória, por outro lado, a admitia apenas quando ofendesse o Estado ou quando alguém que estivesse sob a jurisdição do Estado fosse prejudicado. Exigia-se, pois, a *injúria* e não o simples fato de ser infiel. (GROTIUS, 2005, Livro II, Cap. XX).

Vitória representa o elo entre a tradição canônico-argumentativa medieval e o racionalismo jurídico.

### 3 FRANCISCO DE VITÓRIA E A QUESTÃO INDÍGENA

Em 1510, o teólogo escocês John Mair (1467-1550) discute, em sua obra *Comentário ao Livro II das Sentenças*, a legitimidade da conquista das terras descobertas. Seu argumento era a favor da posse. Ele empregava uma teoria utilizada no contexto europeu, que consistia na justificação jurídica das guerras contra os infiéis (tártaros e muçulmanos) que invadiam terras cristãs injustamente, além do argumento de que os infiéis eram hostis aos cristãos. A tese utilizada fazia um paralelo entre os infiéis europeus e os “infiéis” americanos, justificando, assim, a guerra contra eles. Mas, e se os índios forem pacíficos? Ainda assim, o teólogo utiliza dois argumentos para defender a posse das terras novas:

El primero es el de la vía misional, basada en la teoría atenuada de Inocencio IV sobre el poder universal indirecto del Papa sobre los paganos para compelerlos a abrazar la fe y obligar a bautizar a sus niños. Esta prevalencia del Derecho divino de la fe presto se convierte en poder directo de ocupación preventiva, protección por

las armas de la predicación y facultad de imponer tributos; por fin, a los príncipes infieles que resisten a la fe puede la Iglesia privarles de su jurisdicción y deponerles en beneficio de los príncipes cristianos. En el segundo argumento, Mayor admite el estado de barbarie de los indios que les hace esclavos por naturaleza según la teoría aristotélica. Por ello es lícito al príncipe cristiano sojuzgarles, ocupar sus tierras y someterles a efectiva servidumbre. (URDANOZ, 1974, p. 118).

Pode-se perceber que o primeiro argumento está pautado na submissão do poder civil ao poder eclesiástico. O segundo, baseado em Aristóteles, parte do pressuposto de que os índios seriam bárbaros, por isso, são escravos por natureza. Tais teses foram usadas insistentemente pelos defensores da submissão indígena e da tomada das terras americanas. Para Aristóteles (1998), conforme posto na obra *A Política*, existiam dois tipos de escravos: os escravos por natureza, que não tinham capacidade intelectual para comandarem a si próprios e possuírem propriedades, o que Mair interpreta ser o caso dos índios, e os escravos por convenção, que seriam os homens capturados na guerra.

Por sua vez, em 1511, uma voz dissonante à do teólogo escocês se fez levantar. Era o dominicano Antônio de Montesinos (1475-1545) que, em um sermão do tempo do advento, interpela os espanhóis com os seguintes dizeres:

Com que direito haveis desencadeado uma guerra atroz contra essas gentes que viviam pacificamente em seu próprio país? Por que os deixais em semelhante estado de extenuação? Por que os matais a exigir que vos tragam diariamente seu ouro? Acaso não são eles homens? Acaso não possuem razão e alma? Não é vossa obrigação amá-los como a vós próprios? (ANTÔNIO DE MONTESINOS apud SALES, 2012, p. 52).

Contrariamente a Mair, que tomava os Índios como seres sem razão, o argumento utilizado por Montesinos é de que eles são homens, pois possuem racionalidade e alma, e, por isso, não podiam ser dominados.

A partir dessas diferentes posições, a Europa entrará em uma disputa para justificar a destruição e a posse das novas regiões ou o cuidado e a fraternidade com os habitantes da América. Interessante notar que, através de atores diferentes, a mesma Europa que destruirá a cultura americana será também aquela que defenderá o direito dos povos indígenas.

Inserido neste debate está o nome de Francisco de Vitória (1483-

1546). Vitória nasceu em Burgos, na Espanha, em 1483. Entrou para o Convento dominicano de São Paulo em sua cidade. Possivelmente, em 1508, foi enviado ao Convento de Santiago, em Paris, pelos seus superiores, a fim de que estudasse Humanidades, Artes e, posteriormente, Teologia, tendo aula com o já citado John Mair. Em 1522, adquiriu o título de Doutor em Teologia. Em 1523, foi para a cidade de Valladolid, atuando no Colégio de São Gregório, onde teve a oportunidade de explicar em aula a *Suma Teológica* de Tomás de Aquino, grande inspirador da segunda Escolástica.

Em 1526, após o falecimento de Pedro de León, os dominicanos convidam Vitória para assumir a Cátedra Primeira, que conservou até 1546, ano de sua morte:

En Salamanca consiguió gran prestigio por la profundidad y nítida exposición de las cuestiones de la *Suma* en sus reelecciones o exposiciones solemnes y públicas. Así se convirtió en el maestro por excelencia de las reelecciones. De entre ellas sobresalen las que se refieren al derecho, tanto civil interno y eclesiástico como internacional. (FRAYLE DELGADO, 2007, p. XI).

Francisco de Vitória adentra na temática das consequências do descobrimento com a preocupação de compreender se os índios estavam submetidos ao poder espanhol. No fundo, a questão consistia em analisar se os povos da América tinham propriedade (*dominium*) sobre seus bens e sobre as terras em que viviam. Assim, poder-se-ia decidir sobre a legitimidade ou não das conquistas espanholas.

É importante se voltar para as obras de Vitória, procurando fazer uma síntese dos seus argumentos, que compreenderão aspectos teológicos, filosóficos e jurídicos.

Na obra *De Potestate Civili* (1528), Vitória se pergunta sobre o poder secular. Para ele, a cidade não é uma criação artificial humana, mas:

[...] algo que brota de la naturaleza que sugirió este modo de vida de los mortales para su defensa y conservación [...] ninguna sociedad puede tener consistencia sin una fuerza o poder que la gobierne y la proteja. En efecto, la utilidad y finalidad del poder público y de la sociedad o comunidad son una misma cosa". (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 13).



A cidade é uma criação natural que necessita de um poder para se preservar; entretanto, tal capacidade e poder emanam de Deus.

Francisco irá se indagar se os que governam as repúblicas dos infiéis (pagãos) possuem príncipes e magistrados legítimos. Valendo-se de Paulo e Pedro como autoridades, o pensador espanhol afirma que:

Además no hay que poner en duda que entre los paganos haya príncipes y señores legítimos, puesto que el Apóstol en los textos antes citados manda obedecer a los poderes y a los príncipes y servirles en todo tempo; y éstos ciertamente entonces eran todos infieles. José y Daniel eran administradores y ministros de los príncipes paganos. Y los príncipes cristianos seculares o eclesiásticos no podrían privar a los infieles de tal potestad y principado sólo por el hecho de ser infieles, a no ser que hubieran recibido de ellos otra cualquier injuria. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 22) (I, 9)<sup>3</sup>

Para Francisco de Vitória, mesmo os governos dos povos indígenas eram legítimos, pois os apóstolos mandavam obedecer a qualquer governo existente, por estarem submetidos ao poder de Deus. Por outro lado, afirma que os príncipes cristãos ou eclesiásticos não possuem o direito de negar o poder dos povos infiéis, mesmo que eles não compactuem com a mesma fé.

Se na obra *De Potestate Civili* Vitória se debruça sobre o poder civil de uma maneira geral, nas obras *De Indis Recenter Inventis, relectio prior* (Sobre os índios recentemente descobertos, *relectio* primeira (1538-1539)) e *De Indis, sive de jure belli hispaniorum in bárbaros, relectio posterior* (Sobre os índios ou Sobre o direito da guerra dos espanhóis sobre os bárbaros, *relectio* segunda (1539)), o pensador irá se deter sobre as questões que envolvem a descoberta e os índios. Estas três obras são do seu período em Salamanca. Fazem parte dos escritos denominados *relectiones*. Havia uma obrigação nas universidades de o professor proferir uma lição

<sup>3</sup> Os textos referidos de Paulo utilizados como autoridade estão em Epístola aos Romanos: Rm 13, 1-2: “Submetam-se todos às autoridades constituídas, pois não há autoridade que não venha de Deus, e as que existem foram instituídas por Deus. Quem se opõe à autoridade, se opõe à ordem estabelecida por Deus. Aqueles que se opõem, atraem sobre si a condenação”. Epístola a Tito: Tt 3, 1: “Lembre a eles que devem ser submissos aos magistrados e autoridades, que devem obedecer e estar prontos para toda boa obra”. 1ª Epístola a Timóteo: 1 Tm 2, 1-2: “Antes de tudo, recomendo que façam pedidos, orações, súplicas e ações de graças em favor de todos os homens, pelos reis e por todos os que têm autoridade, a fim de que levemos uma vida calma e serena, com toda a piedade e dignidade”. O texto de Pedro está em 1ª Epístola de Pedro: 1 Pe 2, 13-14: “Submetam-se a toda criatura humana por causa do Senhor, seja ao rei como soberano, 14 seja aos governadores como enviados dele para punir os malfeitores e para louvar os que fazem o bem”. Cf. *BÍBLIA SAGRADA*: Edição Pastoral. Disponível em: <[http://www.paulus.com.br/biblia-pastoral/\\_INDEX.HTM](http://www.paulus.com.br/biblia-pastoral/_INDEX.HTM)>. Acesso em: 30 abr. 2017.

pública sobre seus estudos uma vez por ano; tais textos ficaram conhecidos como *relectiones*: “Dichas relecciones eran exposiciones solemnes que los catedráticos hacían cada año para toda la comunidad universitaria y, según la tradición y costumbre, tenían lugar en días festivos para facilitar la asistencia de todos”. (FRAYLE DELGADO, 2007, p. XII).

Na primeira *relectio* sobre os índios, Vitória afirma que tal escrito se deve “por causa de esos bárbaros del Nuevo Mundo, llamados vulgarmente indios que desconocidos antes en nuestro mundo han venido hace cuarenta años a poder de los españoles”. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 59). O tema central é o índio americano.

Inicialmente, Vitória está interessado em saber se os índios, antes da chegada dos espanhóis, eram os donos de suas posses e se existiam verdadeiros príncipes entre eles. O argumento dos que defendiam a posição de que os índios não tinham e não poderiam ter posses estava baseado no fato de: a) serem pecadores e infiéis; e b) serem idiotas e dementes (i.e., não possuem razão). Em relação ao primeiro argumento, contrariamente, Francisco de Vitória (2007, p. 70) afirma que “El pecado mortal no impide el dominio civil ni el verdadero dominio”. Para defender tal afirmação, Vitória utiliza sete argumentos: 1- o pecador não perde o domínio natural (dom de Deus) e o domínio civil (dom de Deus e direito humano), pois, permanece com o domínio dos próprios atos e membros, o que prova o direito de defender a própria vida; 2- as Sagradas Escrituras chamam homens maus e pecadores de reis (Salomão, Acabe e outros), que, por conseguinte, são também donos; 3- o domínio se funda na racionalidade (imagem de Deus), sendo que o pecado não retira a racionalidade; 4- o rei Davi também era um pecador; 5- o Gênesis (49, 40) fala da possibilidade de um reino ser governado por um rei mau; 6- assim como o pecado mortal não retira o poder espiritual (p.ex. um mau bispo tem poder para ordenar sacerdotes), o pecado também não retira o poder civil; 7- as Escrituras (Rm 13, 5 e 1Pe 2, 18) falam em obediência aos príncipes (mesmo maus) e o preceito de não tomar a coisa alheia. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 71-72).

Em seguida, Vitória irá se debruçar sobre esta questão: se a infidelidade é motivo para a perda do domínio. Para ele, “La infidelidad no es impedimento para ser verdadero dueño”. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 73). Sua reflexão se pautará na *Suma Teológica* (IIaIIae, q. 90, a. 10 e a. 12) de Santo Tomás de Aquino e em algumas passagens das Escrituras (Rm 13, 5; 1Pe 2, 18; To 2, 13 e Gn 47, 20-21), que ilustram reis infiéis no poder e a necessidade de obedecer a tais monarcas. Em suma,

a infidelidade não é capaz de destruir o domínio seja no direito natural, seja no direito positivo, incluindo neste último a posse de bens materiais. Obviamente, pensando nos índios, Francisco de Vitória (2007, p. 74) afirma que “De lo cual se deduce claramente que no es lícito despojar a los sarracenos, a los judíos y a cualesquiera de los infieles de los bienes que poseen, sólo por el hecho de ser infieles. El hacerlo es hurto o rapiña como si se hiciera a los cristianos”.

Francisco de Vitória (2007, p. 78) conclui sobre a questão analisada, “Que ni el pecado por infidelidad ni otros pecados mortales son obstáculo para que los bárbaros sean verdaderos dueños tanto pública como privadamente, y que por este título los cristianos no puedan ocupar sus bienes e sus tierras”. Assim, fica permitido aos bárbaros infiéis, na visão do dominicano, possuírem propriedade, o que significa que mesmo os cristãos não podem retirar e invadir as propriedades dos índios.

Vitória, então, se debruça sobre o segundo ponto: se os que não possuem razão (idiotas) não podem ter propriedade, ou, em outras palavras, “si para que uno sea capaz de dominio se requiere el uso de razón”. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 78). Nesse contexto, será discutido se os índios possuem ou não razão.

Primeiramente, Vitória analisa a noção de Conrado Summerhart (1455-1502) de que, para haver domínio, não é necessária a razão. Para este teólogo, o domínio se estende às criaturas irracionais, já que, em sua visão, domínio é o direito de usar algo em seu proveito. Por exemplo, os brutos têm direito sobre as ervas e as plantas (Gn 1, 29-30) e os astros têm o direito de iluminar (Gn 1, 17-18). Entretanto, Vitória não compartilha dessa visão, pois, para ele, as criaturas irracionais não possuem domínio pelo fato de não terem direito, aliás, como afirma o próprio Conrado. Não possuem direito, pois não podem sofrer injúria. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 78-79).

Baseando-se em Tomás de Aquino, Vitória afirma que apenas a criatura racional possui domínio sobre os seus atos, isto é, capacidade de decidir sobre isso ou aquilo, já que, por um lado, “si los brutos no tiene dominio sobre sus actos, tampoco sobre las demás cosas” (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 80). Por outro lado, os animais também não movem a si mesmos, mas são movidos, não tendo, pois, domínio (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p.80). O ponto fundamental nesses argumentos é o fato de que para algo ter domínio é preciso que seja senhor dos próprios atos.

Em seguida, Vitória se pergunta se uma criança, antes do uso

total da razão, tem domínio. A resposta é “[e]sto é evidente porque pueden sufrir injurias, luego también tienen derecho sobre las cosas; luego también dominio, que no es sino derecho”. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 81). A questão permite ao autor afirmar a tese teológica de que o fundamento do domínio é a imagem de Deus, igualmente presente nas crianças.

No caso dos dementes, os que não fazem uso da razão e nunca farão, estes também podem ter posse, na medida em que podem sofrer injúrias, o que significa possuírem direitos.<sup>4</sup> (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 82). Os bárbaros (índios) também não são dementes, uma vez que:

Se prueba porque en realidad no son dementes sino que a su manera tienen uso de razón. Está claro, porque tienen cierto orden en sus cosas, una vez que poseen ciudades establecidas ordenadamente, y tienen matrimonios claramente constituidos, magistrados, señores, leyes, artesanos, mercaderes, cosas todas ellas que requieren el uso de razón; asimismo tienen una especie de religión, no yerran en cosas que son evidentes para los demás, lo cual es indicio de uso de razón. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 82).

A citação acima é espetacular, no sentido de ilustrar um autor do século XVI descrevendo tão bem o modo de vida indígena, além de escancarar a tese de que os índios são tão homens quanto os europeus, pois possuem razão (apesar de poderem aperfeiçoá-la, na visão de Vitória) e, por isso, têm capacidade de domínio, o que significa que as terras americanas eram deles, e que os espanhóis (e portugueses) não respeitaram

4 Roberto Pich chama a atenção para as possíveis interpretações sobre este ponto: “A dificuldade interpretativa é a seguinte, e é respectiva às proposições de Vitória sobre os amentes: acredita ele que uma medida mínima de participação na razão – que possibilita apenas obedecer a um senhor por natureza – já basta para domínio de algo ou, de fato, ele não aceita que a deficiência permanente de razão fosse tese convincente sobre seres humanos quaisquer, uma vez que pareceria ferir alguma outra convicção filosófica ou teológica? Quase desnecessário dizer que nesses casos Vitória basicamente acredita que os índios são “bárbaros”, no sentido específico de que desenvolveram pouco as suas potências racionais ou não têm um estágio de cultura e civilização à altura daquele dos espanhóis. Não cabe aqui relativizar ou repudiar esse juízo, mas convém dizer que, em Vitória, ele seria só um juízo de apreciação cultural, não antropológico. Nada nos textos de Vitória dá a entender que ele aceitaria a primeira hipótese – a qual, de fato, é eventualmente insustentável –; e, embora não afirme literalmente a segunda hipótese, tudo leva a crer que a toma como mais provavelmente verdadeira (lembrando que a *relectio* tem como meta argumentar em favor de sentenças mais prováveis segundo a razão). A última sentença sobre a atribuição de deficiência em razão dos bárbaros e a consequente impugnação de seu domínio é essa: “E seja o que for sobre isto [= ou seja, o parecer dos juristas sobre o domínio civil], eis a quarta proposição: tampouco desta parte [= da parte do pleno domínio civil] os bárbaros estão impedidos de serem verdadeiros donos”. Como já dito, essa última sentença sobre o tema acrescenta algo sobre a anterior: mesmo se o atributo da “deficiência em razão” for atestado aos bárbaros, conclui-se que eles têm domínio, e isso tanto natural quanto civil. No que segue, sugiro que a segunda hipótese descrita acima esteja à mão” (PICH, 2012, p. 389-390).

tal condição. Além do mais, o autor acredita que os índios possuem uma religião, sendo capazes de agir corretamente através da razão como toda a humanidade. A conclusão é de que há uma única natureza humana. Talvez aqui esteja o nascedouro dos direitos humanos modernos.

Para Vitória, não resta dúvida de que os índios eram senhores antes da chegada dos espanhóis, por isso, donos do que possuíam. Assim,

[...] los bárbaros eran pública y privadamente tan dueños como los cristianos, y que tampoco por este título ni sus príncipes ni los particulares pudieron ser despojados de sus posesiones como no fueran verdaderos dueños. Y sería inicuo negarles a éstos, que nunca nos hicieron ninguna injuria. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 82-83).

A partir do argumento principal analisado acima, Vitória irá ponderar sobre outros temas relacionados à conquista. Em seu texto, há uma crítica ao poder dos governantes civis, como também uma crítica ao poder papal. No início da segunda parte do *De Indis Prior*, o pensador espanhol se pergunta se o imperador tinha direito de dominar toda a terra. Claramente, a questão de fundo é se os governantes espanhóis, enquanto reis, tinham direito sobre as novas terras. Para Francisco de Vitória (2007, p. 91), a resposta será negativa, pois, “el dominio no puede ser sino de derecho natural, bien sea divino, bien humano. Ahora bien, por ninguno de esos derechos hay un solo señor de todo el orbe”.

Outro argumento utilizado por aqueles que defendiam a posse das novas terras pelos monarcas europeus era baseado no fato de que alguns compreendiam o papa como sendo o monarca de toda a orbe, e ele, por sua vez, reconhecia o direito do imperador sobre as terras descobertas. Francisco de Vitória (2007, p. 99), pautado na autoridade de Cristo, afirma “Y si Cristo no tuvo el dominio temporal, como antes hemos defendido como lo más probable, y también de acuerdo con la sentencia de Santo Tomás, mucho menos lo tendrá el Papa, que es su vicario”. Além do mais, “El Papa, sin embargo, no tiene tal potestad sobre los infieles, ni podría excomulgarlos, ni prohibirles los casamientos permitidos por el derecho divino”. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 100).

Mesmo que os bárbaros não queiram aceitar Cristo, não se pode fazer guerra contra eles ou causar qualquer dano, pois, se assim fosse, tal atitude seria corriqueira em terras cristãs, já que existem infieis que permanecem com suas posses: “De lo dicho se desprende claramente que los

españoles, cuando por primera vez llevaban navegando a las tierras de los bárbaros, no llevaban consigo ningún derecho para ocupar sus territorios”. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 105).

No início da terceira parte do *De Indis Prior*, Vitória defende a tese de que os espanhóis poderiam permanecer nos novos territórios, desde que não fizessem mal algum aos nativos, e estes não poderiam proibir os espanhóis de permanecerem ali. Apressadamente, poder-se-ia alegar que tal visão é a visão do colonizador; no entanto, a posição de Vitória, mais uma vez, é surpreendente. A justificativa se basearia em um direito comum existente para todos os povos da Terra! Vitória elenca quatorze motivos para as relações entre os povos. O primeiro, por ser de grande lucidez, merece ser transcrito:

Se prueba, primero, por el derecho de gentes, que es derecho natural o se deriva del derecho natural, según el texto de las *Instituciones* ‘Lo que la razón natural ha establecido entre todas las gentes se llama derecho de gentes’. En efecto, en todas las naciones se tiene por inhumano el tratar mal, sin motivo alguno especial, a los huéspedes y transeúntes y, por el contrario, es de humanidad y cortesía portarse bien con los transeúntes que viajan a otras naciones. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 130).

O que há por trás dessas palavras é a percepção de que, devido a um direito comum, os homens devem tratar bem uns aos outros, o que demonstra humanidade. A intercomunicação entre os homens também é um motivo que justifica uma relação respeitosa entre os povos, já que há uma comunhão entre as nações, permitindo, assim, que os homens possam passar por todas as regiões do planeta. Em suma, há um direito de ir e vir entre os povos:

Segundo. Al principio del mundo, siendo todas las cosas comunes, a cualquiera le estaba permitido dirigirse y recorrer las regiones que quisiera. Y eso no parece que haya sido abolido por la división de bienes, pues nunca fue intención de las gentes suprimir la intercomunicación de los hombres por ese reparto, y en Verdad en tiempos de Noé eso hubiese sido inhumano. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 130).

De acordo com um direito comum, espanhóis e bárbaros podem fazer comércio entre si, desde que não haja prejuízo aos cidadãos de ambas comunidades. Assim, o comércio está autorizado, se há excesso dos produ-

tos comercializados. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 132).

Na segunda *relectio* sobre os índios – *De Indis, sive de jure belli hispaniorum in bárbaros, relectio posterior* –, Vitória retoma a primeira *relectio*, mas se preocupa em justificar a guerra e a ocupação da terra descoberta.

Dissertando sobre o que seria uma guerra justa, Vitória faz afirmações importantes a respeito das relações entre os povos. O pensador trabalha três motivos insuficientes para se declarar uma guerra justa: a) diversidade religiosa; b) a pretensão de se estender os domínios; e c) a glória do príncipe ou outro proveito particular. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007, p. 173-174).

Pode-se notar que tais motivos eram alegados pelos conquistadores a fim de dizimarem os povos americanos. Por isso, a própria ideia de colônia exploradora é um equívoco, pois pressupõe os itens (b) e (c).

É possível identificar em Vitória alguns elementos comuns aos direitos humanos contemporâneos. Direitos esses que seriam inerentes à natureza humana. Ao falar dos índios americanos, Vitória, na verdade, fala do homem em geral. É possível perceber a inalienabilidade, a inviolabilidade, a igualdade e a universalidade de um direito comum a todos os homens em Vitória. Portanto, tal direito nunca é perdido, deve ser sempre respeitado, é idêntico e comum para todos:

La inalienabilidad porque para Vitoria, son derechos unidos al mismo ser racional del hombre, por lo que no se pierden en ninguna ocasión, ni aun en el caso en que no se puedan ejercitar por las limitaciones que pudiera imponer el derecho positivo.

La inviolabilidad porque a lo largo de sus reelecciones invoca el respecto sobre estos derechos; respecto que afirma en defensa de los indios y se basa en la dignidad e integridad de la persona, el honor debido al hombre, el respeto a sus posesiones y formas de administración política.

La igualdad viene a ser también una cualidad necesaria de los derechos humanos, derivada de la misma formulación, al establecer como campo de derechos el universo de todo el género humano, es decir, propugna que todos los seres humanos deben disfrutarlos por igual.

Y la universalidad porque los derechos humanos se enuncian y reconocen para todo ser racional. El carácter humano es lo que determina la base de todos estos derechos, porque son propios a su misma naturaleza. (MORA HERNÁNDEZ, 2013, p. 44).

Não havia um ideal em Vitória para caracterizar os direitos humanos fundamentais; entretanto, a análise do caso concreto do “descobrimto” foi crucial para chegar a tais características.

#### 4 SOBRE ALTERIDADE: A ÉTICA PERANTE O DIFERENTE

A alteridade assumiu um papel tão fundamental na Ética moderna que é possível verificar sua presença e desenvolvimento em pensadores com premissas bastante díspares, como Francisco de Vitória e Jean-Paul Sartre, mas que, nessa temática, mostram também complementaridade de reflexões.

O posicionamento teológico de Vitória e o existencialismo ateu de Sartre guardam o ponto comum da defesa do humano e do reconhecimento do outro. Sartre fez coro com aquele na luta contra o determinismo político: Vitória encontrava-se no contexto da colonização no Novo Mundo, sob o argumento de “humanizar” os infiéis; Sartre, na liberdade ínsita do eu.

A liberdade sartreana estava na aptidão do ser humano para ser criador de sentido, para interrogar. A liberdade não é uma qualidade ou característica do humano, mas é o próprio humano. Por isso, ele afirma:

Com efeito, se admitíssemos que a interrogação é determinada pelo determinismo universal, deixaria de ser não apenas inteligível, mas até concebível. [...] por duplo movimento de nadificação, o interrogador nadifica com relação a si o interrogado, colocando-o em estado neutro, entre ser e não-ser, e ele próprio nadifica-se com relação ao interrogado, descolando-se do ser para poder extrair de si a possibilidade de um não-ser. [...] A interrogação é, portanto, por definição, um processo humano. Logo, o homem apresenta-se, ao menos neste caso, como um ser que faz surgir o Nada no mundo, na medida em que, com esse fim, afeta-se a si mesmo de não ser. (SARTRE, 2007, p. 66).

O interessante é que esse “processo de constituir-se” do sujeito não se faz solitariamente, embora individualmente. Na obra de Vitória, identifica-se um discurso de afirmação do índio, contingencial e necessário para que o europeu se perceba e perceba ao outro. E o mais importante, que não releve a sua conduta ao plano da irrelevância ou da irresponsabilidade. Sartre reconhece o ser humano como único definidor de mundo e de si mesmo, mas também como detentor de responsabilidade absoluta por



aquilo que conscientemente reconhece. Como destaca José Luis Pérez:

Em Sartre, a responsabilidade decorrente da liberdade individual denota, portanto, a necessidade contínua, para cada indivíduo humano, de responder aos pares que o observam por ocasião de cada acção (sic), na expectativa de uma definição do que é essa realidade humana que fica sempre por ser dita. [...] A responsabilidade constitui-se, por conseguinte, como o exacto (sic) ponto em que a odisseia da liberdade individual, que é essa existência própria e singular de um só humano, se reconhece como uma aventura verdadeiramente comunitária. (PÉREZ, 2012, p. 311).

Assim, a liberdade que existe individualmente contextualiza-se intersubjetivamente no outro. Pode-se perceber que a liberdade pressupõe um momento individual – de compreensão, deliberação e ação – e um momento relacional, na avaliação de si mesmo e do mundo, a partir de suas experiências prévias, seus valores e seus modelos de compreensão.

Para além do poder de ação do indivíduo, a liberdade projeta-se na ordenação conceitual do mundo – pelo qual, na interrogação, “nadifica-se”, como diria Sartre.

Por essa razão, a liberdade faz gerar, em codependência, a responsabilidade. Nas palavras do próprio Sartre:

Quando declaro que a liberdade, através de cada circunstância concreta, só pode ter como alvo querer-se a si mesma, então, se o homem reconhecer que, em seu desamparo, é ele que estabelece valores, ele não poderá mais querer senão uma coisa, a liberdade como fundamento de todos os valores. Isto não significa que ele a queira abstratamente. Isto quer dizer simplesmente que os atos dos homens de boa fé têm como última significação a busca da liberdade enquanto tal. Um homem que adere a tal sindicato, comunista ou revolucionário, quer objetivos concretos. Estes objetivos implicam uma vontade abstrata de liberdade, mas esta liberdade se quer concretamente. Queremos a liberdade pela liberdade e através de cada circunstância particular. E, querendo a liberdade, descobrimos que ela depende inteiramente da liberdade dos outros, e que a liberdade dos outros depende da nossa. Claro, a liberdade como definição do homem não depende de outrem, mas, uma vez que existe engajamento, sou obrigado a querer minha liberdade ao mesmo tempo que a liberdade dos outros; eu só posso tomar minha liberdade como alvo se, do mesmo modo, eu tomar a liberdade dos outros como alvo. (SARTRE, 2009, p. 636).

Há, pois, um elemento oculto e fundamental nas defesas de Vi-

tória e de Sartre, o *alter*, que, mesmo na liberdade individual, impõe o reconhecimento do outro. Esse elemento impõe a assunção de uma posição ética de respeito ao outro; por isso, não é pautada no racionalismo dominador, que reduz o outro a mais um objeto, mas na identificação do outro como sujeito livre para constituir a sua própria dignidade.

A Ciência do Direito, por vezes, reconhece a alteridade apenas do ponto de vista formal, isto é, como a necessária relação com outro indivíduo, expressa na fórmula: *Ubi jus ibi societas*. No entanto, a alteridade no Direito deve se pautar no reconhecimento das individualidades, nas diferenças do indivíduo concreto, seja ele cristão ou “bárbaro”, europeu ou americano. Nesse sentido, também ocorre o alerta de Roberto de Aguiar, ao afirmar que há uma:

[...] fixidez dogmática de raiz metafísica do senso comum jurídico [que] não trata do jurídico a partir da relação entre diferentes, mas a partir de uma norma uniformizadora, que dilui os sujeitos no interior de uma igualdade abstrata e retira dos envolvidos na relação jurídica os seus rostos, suas existências e concretude. (AGUIAR, 2006, p. 12)

Assim, a alteridade ultrapassa o reconhecimento do outro como sujeito, para alcançá-lo como ser único, livre e responsável, ao qual se deve respeitar em sua diferença e autonomia. É essa a defesa que Vitória faz dos índios: reconhece-os como seres racionais e, por isso, senhores de seus atos; e como detentores de direitos sobre a terra, pois capazes de domínio.

## 5 DA ALTERIDADE AOS DIREITOS HUMANOS

Do reconhecimento da alteridade dos índios, Francisco de Vitória faz decorrer a solidariedade comum e a responsabilidade recíproca nas relações entre povos.

Vitória faz nascer a universalização dos direitos e, na base jusnaturalista, permite que, mais tarde, as características por ele atribuídas aos direitos evoluam para a consideração dos direitos humanos. Estes, embora ainda não nomeados e conceituados pelo autor espanhol, já são entendidos como comandos que independem da ação dos Estados e que se justificam como deveres morais a serem universalizados. Refletem, pois, a aceitação – hoje tão frequente, mas na época de Vitória ainda restrita aos círculos

eruditos – de que todos os seres humanos devem ter direitos, pois só há uma única natureza humana, caracterizada pela racionalidade.

Há autores contemporâneos que criticam a universalidade dos direitos humanos pautados no relativismo axiológico e cultural, isto é, não haveria direitos humanos universais, pois o pluralismo de valores e culturas exige um particularismo no reconhecimento dos direitos. Sobre essas objeções, Pérez Luño (1998) diz que muitas violações são perpetradas sob esse argumento, como é o caso do analfabetismo feminino e da mutilação genital feminina. E ainda rebate que esse relativismo não pode representar um “direito à indiferença”, legitimador da impunidade. Sustenta, pois, que há caracteres racionais na tradição dos direitos humanos, que não podem ser desconsiderados. Há a necessidade de se compartilhar uma atitude ética no projeto de construção da modernidade.

A ideia de direitos a todos os homens corresponde à caracterização mais contemporânea dos direitos humanos. Pérez Luño (1999, p. 48), por exemplo, coloca-os como um conjunto de faculdades que “concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas”, algo semelhante à caracterização dos direitos dos indígenas frente aos europeus, por Vitória.

Francisco de Vitória (2007) cria um espaço global de não violência, um direito comum existente para todos os povos, o que exige comportamentos harmoniosos para uma comunhão entre as nações. Em síntese, há um direito de ir e vir entre os povos e não é aceitável a justificativa de guerra contra os bárbaros, simplesmente por serem infieis ou pecadores. Pela mesma razão, não se autoriza a ocupação de suas terras ou a tomada de seus bens; ainda que bárbaros, eles têm direito ao domínio.

O fundamento da defesa do direito natural à igualdade se fez pela essência racional de todos os homens e o direito à liberdade está na própria criação do homem, que não foi criado para ser escravo nem para ser coagido. Não se justifica, pois, a coação que visa imbuir a fé no ser humano.

Na mesma linha, o teólogo aceita a justeza de algumas guerras, mas estas não podem se fundar apenas na diversidade religiosa ou na pretensão de se estender os domínios do príncipe, do Estado ou mesmo do Papado. Não há uma autoridade temporal sobre todo o mundo, nem do papa, nem dos reis espanhóis. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007)

A guerra é justificável desde que seja um caminho utilizado após esgotadas as tentativas de paz; que se faça sem ódio, buscando unicamente a justiça; e que as consequências do triunfo não sejam desregradas e que

se justifiquem na própria causa da guerra. (FRANCISCO DE VITÓRIA, 2007)

O homem é também reconhecido como ser social, dotado de direito à cidadania, e o poder político deve ser exercido em nome do povo. Por essa razão, também se reconhece em Vitória (2007) o direito à desobediência frente aos governantes que exercem o poder político em interesse próprio e não do povo.

Por fim, o embrião do livre comércio está nas ideias de Francisco de Vitória (2007), que defende a permissão para o comércio, ainda que com povos bárbaros, se houver excedente de produção.

## CONCLUSÃO

Quando Francisco de Vitória precisa refletir sobre o outro, ele não se preocupa tanto com as diferenças, mas com aquilo que torna todos os homens seres humanos. Ao deparar com outras sociedades e culturas e com os índios, seu argumento parte do pressuposto de que o “outro” também é humano.

Assim como os europeus, os índios tinham direito de ter e conservar sua sociedade e seu estado. Vitória oferece argumentos que criticam a noção do colonizador. O que os espanhóis estavam fazendo era, do ponto de vista filosófico, teológico e jurídico de Vitória, um equívoco. Mesmo sem acreditar na mesma divindade, os índios tinham os mesmos direitos de domínio que os espanhóis.

Quando questionado sobre a racionalidade dos índios, Francisco tem a oportunidade de dizer que não só possuem razão, como esta é a mesma para todos. É esta razão que possibilitará aos índios terem sociedade, rituais, cidades e política. Nesse sentido, caso não houvesse um consenso entre os diferentes povos, a relação unilateral seria encarada como rapina.

Francisco sugere o outro como o mesmo, pois, em sentido estrito, há características comuns, que podem ser o ponto de partida para a boa convivência, o respeito, a amizade e a empatia. Quando não se enxerga a si mesmo no outro, a convivência é impossível. A lição de Francisco de Vitória continua atual, mas, muitas vezes, negligenciada por interesses egoístas.

Vitória é um grande representante da Era de Ouro na Espanha e lança bases importantes para o projeto de construção dos direitos humanos. Sua atuação na construção do Direito Internacional é citada pelo próprio

Hugo Grotius, considerado o “pai” desse ramo jurídico, por reconhecer sua contribuição para a discussão da justiça das guerras coloniais e religiosas e para a delimitação da jurisdição do Estado e da Igreja.

Por fim, vale frisar que, se o ocidente é sempre acusado, de maneira reducionista, de não respeitar a diferença, deve ser dito que, apesar das várias atrocidades cometidas com o outro, a reflexão sobre a alteridade é uma preocupação da cultura ocidental através do seu arcabouço teórico. Por isso, retomar um autor do século XVI faz parte da busca pela reflexão da alteridade na cidade.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. Alteridade e rede no direito. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 11-43, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/71/54>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

ARISTÓTELES. *Política*: versão bilingue. Tradução de Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998.

*BÍBLIA SAGRADA*: Edição Pastoral. Disponível em: <[http://www.paulus.com.br/biblia-pastoral/\\_INDEX.HTM](http://www.paulus.com.br/biblia-pastoral/_INDEX.HTM)>. Acesso em: 30 abr. 2017.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Ensino Superior).

DE BONI, Luis Alberto. Apresentação. *Veritas*: Revista de Filosofia da PUCRS, Porto Alegre, v. 54, n. 3, p. 5-11, set./dez. 2009. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/6413/4679>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

FRANCISCO DE VITÓRIA. *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*. Estudio preliminar, traducción y notas de Luis Frayle Delgado. Comentario crítico de José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz. Madrid: Tecnos, 2007.

FRAYLE DELGADO, Luis. Estudio preliminar. In: FRANCISCO DE VITÓRIA. *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*. Madrid: Tecnos, 2007, p. IX-XXXV.

GROTIUS, Hugo. *The rights of war and peace*. From the edition by Jean Barbeyrac. Indianapolis: Liberty Fund, 2005.

MORA HERNÁNDEZ, Carlos Bretón. Los derechos humanos en Francisco de Vitória. *En-claves del pensamiento*, Ciudad de México, año VII, núm. 14, pp. 35-62, jul.-dic. 2013. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/1411/141128984002.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

PÉREZ, José Luis. A questão ética da responsabilidade: um itinerário pela contemporaneidade. In: BECKERT, Cristina et al (Coords.). *Ética: teoria e prática*. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2012, p. 305-322.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos. *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, t. 15, p. 95-110, 1998. Disponível em: <[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-F-1998-10009500110\\_ANUARIO\\_DE\\_FILOSOF%26%23833%3B\\_DEL\\_DERECHO\\_Sobre\\_la\\_universalidad\\_de\\_los\\_derechos\\_humanos](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1998-10009500110_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23833%3B_DEL_DERECHO_Sobre_la_universalidad_de_los_derechos_humanos)>. Acesso em: 30 abr. 2017.

PICH, Roberto Hofmeister. *Dominium e Ius: sobre a fundamentação dos direitos humanos segundo Francisco de Vitoria (1483-1546)*. *Teocomunicação*, Porto Alegre, v. 42, n. 2, p. 376-401, jul./dez. 2012.

RUIZ, José-Leandro Martínez-Cardós. Comentario crítico. In: FRANCISCO DE VITÓRIA. *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*. Madrid: Tecnos, 2007, p. XXXVII-LXXXI.

SALES, Antônio Patativa de. Bartolomé de las Casas e Francisco de Vitoria: filosofia política e moral no debate sobre o direito natural e o direito das gentes no Novo Mundo. *Protestantismo em Revista*, São Leopoldo, v.

28, p. 52-59, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.est.edu.br/index.php/nepp/article/viewFile/219/349>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. In: MARÇAL, Jairo (Org.). *Antologia de textos filosóficos*. Curitiba: SEEDPR, 2009, p. 616-639. Disponível em: <[http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/cadernos\\_pedagogicos/caderno\\_filo.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/cadernos_pedagogicos/caderno_filo.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2017.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. 15. ed. Tradução de Paulo Perdigão. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

SCATTOLA, Merio. Domingo de Soto e la fundazione della Scuola di Salamanca. *Veritas: Revista de Filosofia da PUCRS*, Porto Alegre, v. 54, n. 3, p. 52-70, set./dez. 2009. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/6413/4679>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

ULLMANN, Reinholdo Aloysio. *A universidade medieval*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

URDANOZ, Teofilo. Las Casas y Francisco de Vitoria (En el V centenario del nacimiento de Bartolomé de Las Casas, 1474-1974). *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 198, p. 115-191, Nov./Dic. 1974.

Artigo recebido em: 24/05/2017.

Artigo aceito em: 28/08/2017.

### **Como citar este artigo (ABNT):**

REIS, Émilien Vilas Boas; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O Nascimento do Direito à Alteridade na Cidade. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 55-79, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1071>>. Acesso em: dia mês. ano.





---

# ACORDO DE PARIS: REFLEXÕES E DESAFIOS PARA O REGIME INTERNACIONAL DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS

## Fernando Cardozo Fernandes Rei

Doutor em Direito pela Universidad de Alicante (UA), pela Universidad Complutense de Madrid (UCM) e pela Universidade de São Paulo (USP).  
Professor do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).  
E-mail: fernandorei@ig.com.br

## Alcindo Fernandes Gonçalves

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).  
Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).  
E-mail: alcindo@unisantos.br

## Luciano Pereira de Souza

Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).  
Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).  
Professor da Universidade Santa Cecília (UNISANTA).  
E-mail: proflucianosouza@terra.com.br

## RESUMO

O objetivo do trabalho é apresentar os desafios que o regime internacional de mudanças climáticas pós-2015 traz a todos os países com relação às medidas de mitigação para atingir o objetivo definido no Acordo de Paris, bem como fazer uma reflexão quanto às contribuições determinadas unilateralmente pelos países - respeitadas suas capacidades e necessidades de desenvolvimento - e quanto ao efeito conjunto das reduções e remoções de gases de efeito estufa, avaliando se essas são suficientes para limitar o aquecimento global em até 2° C. Para tanto, o trabalho inicia-se com uma reflexão sobre a contribuição brasileira ao novo período e avança, numa breve análise do contexto mundial e do futuro do regime. Partindo da visão de regimes internacionais como ações de governança, o trabalho realiza breve exame do regime de mudanças climáticas, com destaque para as inovações introduzidas pelo Acordo de Paris. O método utilizado para fazer a análise deste estudo será o analítico, com suporte em pesquisa teórica, tomando por base levantamentos bibliográficos e doutrinários em

relação ao regime internacional e à governança global. O artigo conclui que a governança global do meio ambiente promoveu aplicação e evolução do princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas no regime internacional de mudanças climáticas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acordo de Paris; Regime internacional de mudanças climáticas; Governança global do meio ambiente.

*PARIS AGREEMENT: REFLECTIONS AND CHALLENGES FOR THE  
INTERNATIONAL CLIMATE CHANGE REGIME*

**ABSTRACT**

*The objective of the paper is to present the challenges posed by the post-2015 international climate change regime to all countries in relation to mitigation measures to achieve the goal set in the Paris Agreement and to reflect on the contributions determined unilaterally by the countries, respecting their capacities and development needs and on the combined effect of reductions and removals of greenhouse gases, if sufficient to limit global warming by up to 2°C. Therefore, the work starts with a reflection on the Brazilian contribution to the new period and advances a brief analysis of the global context and the future of the regime. From the point of view of international regimes as governance actions, this paper briefly examines the climate change regime, highlighting the innovations introduced by the Paris Agreement. The method used to make the analysis of this study will be the analytical with support in theoretical research taking into account bibliographical and doctrinal surveys in relation to the international climate change regime and to global governance. The article concludes that the environmental global governance promoted implementation and evolution of the principle of common but differentiated responsibilities within the climate change regime.*

**Keywords:** *Paris Agreement; Climate change international regime; Global governance of the environment.*

## INTRODUÇÃO

O regime internacional de mudanças climáticas, organizado no âmbito do Sistema das Nações Unidas há 24 anos, constitui, em essência, um arranjo institucional dinâmico e de construção permanente. Criado para facilitar o entendimento e promover a cooperação entre os 195 países signatários, é dotado de estrutura jurídica e organizacional próprias, que têm como objetivo<sup>1</sup> estabilizar o sistema climático global e conter o aquecimento da temperatura do planeta, causado por emissões de gases de efeito estufa (GEE), como o dióxido de carbono proveniente da queima de combustíveis fósseis e do desmatamento e da degradação florestal decorrentes das mudanças de uso da terra para atividades agropecuárias e ocupação urbana.

A concretização desse imposterável objetivo, normatizado na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, entrelaça o regime climático com a governança global ambiental, como mecanismo para a solução dos conflitos e a promoção da necessária cooperação entre os Estados nacionais, no mundo globalizado, interdependente e cada vez mais complexo. A governança, como instrumento de participação ampliada, com envolvimento de atores estatais e não estatais, fundada no consenso e na persuasão para a elaboração da sua autorregulamentação e ancorada num arranjo institucional permanente (CAMARGO, 2015), constitui o caminho a ser percorrido para que possa concretizar tempestivamente esse objetivo de estabilização climática tempestivamente.

Justamente essa tem sido a preocupação de alguns estudiosos e a tônica de muitos questionamentos sobre a eficácia do regime de mudanças climáticas: o regime internacional constituído pelos Estados - que, até a Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas de 2015 (COP-21), tinham-se mostrado conservadores e mais aferrados ao princípio da soberania, a ponto de refrear o próprio desenvolvimento do regime climático - seria capaz de conduzir e induzir as necessárias ações (especialmente de reduções de emissões de GEE), a tempo de evitar uma ruptura do sistema climático global?

---

<sup>1</sup> Conforme o art. 2º da Convenção, promulgada pelo Decreto n. 652, de 1º de julho de 1998, “O objetivo final desta Convenção e de quaisquer instrumentos jurídicos com ela relacionados que adote a Conferência das Partes é o de alcançar, em conformidade com as disposições pertinentes desta Convenção, a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático. Esse nível deverá ser alcançado num prazo suficiente, que permita aos ecossistemas adaptarem-se naturalmente à mudança do clima que assegure que a produção de alimentos não seja ameaçada e que permita ao desenvolvimento econômico prosseguir de maneira sustentável.”

Nesse ponto, aplicam-se bem ao regime de combate às mudanças climáticas as palavras conclusivas de Camargo (2015, p. 92):

A efetividade dos Regimes Internacionais enquanto ações de governança ambiental global depende da vontade do Estado-nação de abrir mão de alguns de seus dogmas para a consecução do interesse comum mundial, com plena transparência no monitoramento de suas condutas e do grau de resistência dos mecanismos propostos, e ajustados no âmbito interno de cada Estado-nação.

No âmbito do regime das mudanças climáticas, é possível dividir um mundo em dois blocos: um deles, formado por países que, predominantemente, são emissores de GEE, normalmente industrializados, com economias desenvolvidas ou em desenvolvimento e que sofrem menos ou não tão intensamente os efeitos das mudanças climáticas; e um segundo bloco, formado pelos países que estão sentindo mais os efeitos das mudanças do que contribuindo com emissões de GEE (FARIAS; REI, 2015, p. 119).

Qual foi a vontade dos Estados na COP-21? Em termos de normatização, de detalhamento das obrigações de cada país, de definição de metas quantificadas de redução, métrica para o cumprimento das metas de redução e dos necessários aportes financeiros que os países desenvolvidos farão para que os países em desenvolvimento possam atingir suas metas de redução e promover as necessárias adaptações às mudanças climáticas em curso, não se pode negar que o Acordo de Paris trouxe uma lufada de esperança ao regime. A comunidade internacional comprometeu-se a limitar a elevação da temperatura abaixo dos 2°C e a continuar os esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C (preâmbulo).

Como é cediço, o objetivo de um aquecimento máximo de 2°C em relação à era pré-industrial tinha sido definido em 2009, na COP de Copenhague, e ele implica uma redução drástica das emissões de gases de efeito estufa, com medidas como economia de energia, maiores investimentos em energias renováveis e reflorestamento.

Ainda na COP de Copenhague, os países desenvolvidos prometeram 100 bilhões de dólares por ano, a partir de 2020, com o fim de ajudar as nações em desenvolvimento a financiar a transição para energias limpas, assim como sua adaptação aos efeitos do aquecimento. Como foi defendido pelos países em desenvolvimento, o texto do Acordo de Paris, em seu item 54, estabelece que a soma de 100 bilhões de dólares por ano

é apenas “um teto”; e que um novo valor financeiro será definido em 2025 (ACORDO DE PARIS, 2015, p. 8).

Se for certo que o contexto da agenda climática sugeria uma situação de tensão antes da COP-21, que levantava ao menos dois questionamentos, o primeiro relativo ao critério de distribuição das responsabilidades dos Estados em relação à adoção das medidas de mitigação, e o segundo, relativo à real capacidade de o multilateralismo tornar efetivos os esforços de mitigação e adaptação (REI; CUNHA, 2015, p. 21), o Acordo de Paris promoveu uma significativa mudança de tom.

Como se sabe, o regime climático fundamenta-se no princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, entre os países, que visa a distribuir com equidade a parcela de ônus, de obrigações que cada país deve suportar nas ações de mitigação, tendo em vista suas contribuições históricas de GEE (e por que não as suas contribuições atuais?), sua capacidade interna para realizar os esforços de mitigação e adaptação e ajudar outros países, sem prejuízo de seu direito ao desenvolvimento.

Nesse sentido, cabe ressaltar que “a distribuição de compromissos de mitigação de emissões de GEE entre os países tem-se revelado uma das principais questões de embate nas negociações internacionais sobre o regime climático” (REI; CUNHA, 2015, p. 34). E estava cada vez mais presente que países em desenvolvimento, notadamente a China, a Índia, o Brasil e a África do Sul, teriam que assumir suas responsabilidades com metas de redução de emissões, e não somente os do Anexo I da Convenção (entre os quais estão países desenvolvidos, membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e países da Europa Oriental em transição para economia de mercado).<sup>2</sup> Dessa forma, o Acordo, em seu art. 4, item 4, estabelece que os países industriais devam estar na linha de frente e estabelecer objetivos de redução das emissões em valores absolutos, enquanto que os países em desenvolvimento deverão continuar a aumentar os esforços na luta contra o aquecimento global à luz de sua situação nacional.

As reflexões, desafios e oportunidades para o futuro do regime das mudanças climáticas desenvolvem-se a partir dessas condicionantes políticas, normativas, econômicas e culturais, como se poderá avaliar a seguir.

---

<sup>2</sup> Aliás, ressalte-se que os EUA não assinaram o Protocolo de Quioto, pois têm mantido posição no sentido de que todos os países da Convenção devem comprometer-se com metas de redução, e não apenas os do Anexo I.

## 1 REFLEXÕES SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DO BRASIL

Em setembro de 2015, na contagem regressiva para a COP-21, o Governo Dilma Rousseff anunciou as metas de redução de emissões de GEE para levar à tão esperada COP da “virada” do regime de combate às mudanças climáticas.

O Brasil assume o compromisso de reduzir em 43% as emissões de GEE, tendo como referência o ano de 2005. A então presidente anuncia ainda, entre as medidas de mitigação, que o Brasil<sup>3</sup> atingirá o desmatamento ilegal zero em 2030 (frise-se apenas o ilegal) e que irá restaurar algo em torno de 12 milhões de hectares, recuperar 15 milhões de hectares de pastagens degradadas e integrar e 5 milhões de hectares de lavoura-pecuária-florestas.

Entretanto, o Brasil (por meio do governo Dilma Rousseff) recusou-se a assinar a Declaração de Nova Iorque sobre Florestas, em setembro de 2014, que tinha como um de seus objetivos o desmatamento zero no mundo até 2030. Esqueceu-se também de que as metas de Aichi<sup>4</sup> de Biodiversidade são mais ambiciosas; e que há metas específicas e mais próximas de redução do desmatamento dos 7% a 9% restantes da Mata Atlântica, por exemplo.

Esse compromisso é fácil de fazer, porém difícil de cumprir no cenário atual, que amargou um crescimento de 16% no desmatamento amazônico em 2014, com referência ao ano anterior; e atende às expectativas de atores internacionais (e nacionais) sobre as contribuições da “potência ambiental”.

A Contribuição Nacionalmente Determinada (INDC, na sigla em

---

3 Numa ação paradiplomática diferenciada, os governos de Mato Grosso e do Acre assumem, no âmbito da COP-21, o compromisso de desmatamento ilegal zero até o ano de 2020. <http://www.mt.gov.br/-/governador-e-ministra-assinam-declaracao-de-esforcos-conjuntos-para-desmatamento-zero>.

4 No processo de elaboração do Plano Estratégico de Biodiversidade 2011 - 2020, o Secretariado da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) propôs que se estabelecesse um novo conjunto de metas, na forma de objetivos de longo prazo, que foram materializados em 20 proposições, todas voltadas à redução da perda da biodiversidade em âmbito mundial. Denominadas Metas de Aichi para a Biodiversidade, elas estão organizadas em cinco grandes objetivos estratégicos: tratar das causas fundamentais de perda de biodiversidade, fazendo com que as preocupações com a biodiversidade permeiem governo e sociedade; reduzir as pressões diretas sobre a biodiversidade e promover o uso sustentável; melhorar a situação da biodiversidade, protegendo ecossistemas, espécies e diversidade genética; aumentar os benefícios de biodiversidade e serviços ecossistêmicos para todos; e aumentar a implantação, por meio de planejamento participativo, da gestão de conhecimento e capacitação.

inglês)<sup>5</sup> do Brasil<sup>6</sup> é anêmica em termos de ações concretas para atingir as metas de redução na área de uso do solo, de manejo e de conservação de florestas; e apresenta apenas propostas genéricas:

a) implementar atividades de Redução de Emissões de gases de efeito estufa provenientes do Desmatamento e da Degradação florestal, considerando o papel da conservação de estoques de carbono florestal, do manejo sustentável de florestas e do aumento de estoques de carbono florestal (REDD+), que ainda carece de desenvolvimentos e de patrocinadores;

b) reforçar e impor a implementação do Código Florestal em nível federal, estadual e local, sem apontar a forma;

c) ampliar sistemas de manejo sustentável de florestas nativas por meio de sistemas de georreferenciamento e rastreamento aplicáveis ao manejo de florestas nativas, com vistas ao combate de práticas ilegais e insustentáveis. Ou seja, nada de muito concreto, planejado e detalhado, deixando muitas dúvidas e incertezas.

Para tornar mais frágil a proposta brasileira, às vésperas da COP-21 o Brasil foi atingido por devastador acidente poluidor de dimensões humanas, sociais e ecológicas nunca vistas na história do País, que foi o rompimento da barragem da Mineradora Samarco, em Mariana (MG). Esse acidente, a par das múltiplas responsabilidades do titular da atividade minerária e de seus administradores e controladores, coloca em questão, no plano internacional, a capacidade e a efetiva atuação do Estado em sede de controle e fiscalização das atividades causadoras de riscos e impactos ambientais, como a mineração.

O Brasil, que ocupou papel destacado e de liderança no primeiro período de negociações do regime, parece ter perdido seu protagonismo durante os últimos anos, ficando à margem das grandes decisões e articulações, em virtude da perda de prioridade da agenda ambiental no governo Dilma Rousseff.

5 *As Intended National Determined Contributions* (INDC), Contribuições Internacionais Nacionalmente Determinadas, consistem nas contribuições de redução que os países pretendem assumir, em caráter voluntário, a partir de 2015, e obrigatório, a partir de 2020, quando os países serão convidados a revê-las. “Assim como ocorreu na Emenda de Doha, as INDC podem ser estabelecidas por cada parte, conforme critérios por esta livremente definidos. Como explica o *Center for Climate and Energy Solutions* (2014), a formação das INDCs parte de uma abordagem *bottom-up*, segundo a qual é possível usar os mais diversos parâmetros, tais como: Metas absolutas de redução de emissões, ou fundadas na intensidade-carbono ou mesmo em emissões *per capita*; metas amplas para toda a economia (*economy wide*) ou setoriais; metas que adotam diferentes anos como base - 1990, 2000 ou projeções tendenciais; etc.” (REI; CUNHA, 2015, p. 22).

6 BRASIL. Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada (INDC) Para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desensust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desensust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf)>.

Uma questão que se apresenta ao atual governo é: qual será seu comportamento a partir da COP-22 no regime, especialmente se for capaz de concretizar promessas e metas de redução de emissões com as quais o Brasil se comprometeu?; e qual será o espaço para a participação dos governos subnacionais e locais, além de outros relevantes *players* da governança multinível, que podem dar sua valiosa contribuição?

## 2 O CONTEXTO GLOBAL E O FUTURO DO REGIME

O contexto global não se mostrava dos mais animadores para a agenda climática, que ainda corre o risco de esfriar completamente (mas a temperatura global vai continuar aumentando) antes da COP-21. Em pauta estavam, em primeiro plano, o combate ao terror desencadeado pelos atentados em Paris e nos EUA; e, de modo geral, a prioridade continuava sendo a segurança internacional, com as atenções voltadas para a Síria, o Iraque e o Estado Islâmico, além de outras agressões endêmicas. Também se destacavam a crise humanitária dos refugiados da África, da Síria, do Iraque e do Afeganistão, além de questões econômicas, como a queda acentuada do preço do petróleo, a desaceleração das trocas internacionais, e diplomáticas, como as tensões nas relações entre a Rússia e os países ocidentais por causa de sanções econômicas impostas pela União Europeia e pelos EUA, em razão da interferência russa na crise ucraniana.

Assim, era plausível considerar que a ordem de prioridades da agenda internacional não privilegiasse a pauta ambiental. Aliás, o Conselho de Segurança da ONU está longe de ser o foro adequado para tratar da questão ambiental, que deposita suas esperanças nos regimes ambientais e na governança adotada por eles, mas não na adoção de medidas de coercibilidade, que, certamente, vão esvaziar os regimes ambientais internacionais. Segundo More (201?),

o tratamento da questão ambiental sob os auspícios do princípio da segurança internacional coletiva adotado na Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), confere à matéria denominada segurança ecológica, status de direito internacional de reconhecimento universal, cuja existência e medidas de coercibilidade passam à competência do Conselho de Segurança da ONU.

Mas o regime internacional de mudanças climáticas surpreendeu, persistindo e resistindo. Em termos de *performance* - como observado



pelo consagrado estudioso de regimes Young (2010) - o regime precisava destravar-se se quisesse avançar com a agilidade necessária para adotar as decisões inadiáveis sobre o futuro da civilização pós-industrial no antropoceno. E deve-se destacar que o então modelo de negociações multilaterais amplas na Convenção-Quadro não tinha avançado no ritmo e na proporção necessários para deter o aquecimento global antropogênico (GONÇALVES, 2015).

Além disso, atitudes defensivas dos países-partes dificultavam avanços que pudessem trazer ônus para os respectivos estados, especialmente aqueles relacionados com a eventual diminuição da atividade econômica para atingir metas de redução de GEE, como ressalta Gonçalves (2015).

Outros fatores também explicavam o insucesso do modelo de negociações multilaterais da Convenção-Quadro, tais como a necessidade de consenso para deliberar, a formação de acordos frágeis e instáveis, a apresentação de documentos vagos e genéricos, a falta de sanções nos tratados e a possibilidade de *free-riders*<sup>7</sup> que se aproveitam do esforço alheio, além da vetusta e sempre presente divergência de fundo entre países desenvolvidos e em desenvolvimento (GONÇALVES, 2015).

Nesse sentido, veio a calhar a adoção de estratégias complementares às negociações multilaterais (GONÇALVES, 2015, p. 15-16): a) uso da estratégia “*bottom-up*”<sup>8</sup>, que consiste em concitar os países a refletir e a elaborar suas propostas em face das suas próprias realidades, para partir em direção à definição de metas globais; b) realização de negociações em blocos (bilaterais ou plurilaterais) para atingir o entendimento mais rapidamente, com menos participantes, e c) fortalecimento dos processos e mecanismos que envolvem a sociedade civil global nas negociações. Não se trata de negar o multilateralismo que constitui a base do regime atual, mas de propor novas formas - complementares - de fazer com que as decisões sejam tomadas em âmbito global. E foi, felizmente, o que se verificou.

O regime jurídico internacional de mudanças climáticas está juridicamente estruturado por quatro documentos: a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (aprovada por ocasião da Rio/92, e que entrou em vigor em 1994); o Protocolo de Quioto (aprovado em 1997, que entrou em vigor em 2005 e encerrou seu primeiro período de redução de emissões em 2012); a Emenda Doha ao Protocolo (aprovada

7 Caronistas. (Tradução do autor)

8 De baixo para cima. (Tradução do autor)

em 2013), que estabeleceu novos compromissos de redução dos países desenvolvidos para o segundo período do protocolo, e que, no entanto, até o momento, não entrou em vigor; e o Acordo de Paris (aprovado em 2015, na COP-21, e que entrou em vigor em 2016), conforme assinalam Rei e Cunha (2015).

Já o desenho organizacional do regime de combate às mudanças climáticas é formado pelos seguintes eixos temáticos: a) mitigação das mudanças climáticas; b) adaptação às mudanças climáticas; c) financiamento, tecnologia e capacitação; d) transparência; e) instrumentos econômicos e f) revisão periódica.

Para uma visão geral desses arranjos organizacionais, de suas incumbências e suas interconexões, bem como do andamento dos trabalhos no âmbito da Convenção-Quadro, é importante observar o resumo elaborado pelo Secretariado da Convenção, a pedido do Grupo de Trabalho *ad hoc* da Plataforma de Durban, que foi constituído em 2011, com a atribuição de desenvolver um protocolo, instrumento legal ou acordo que vincule todas as partes no âmbito da Convenção-Quadro, até 2015, para ser aprovado na 21ª Conferência das Partes; e que esse protocolo ou acordo legal possa ser implementado a partir de 2020, o que, efetivamente, acabou por acontecer.

Observam-se alguns arranjos no regime da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, que apontam para uma governança multinível, com participação dos atores subnacionais e não estatais. Destaque-se que o Acordo de Paris reconhece expressamente “a importância dos compromissos de todos os níveis de governo e de diferentes atores, de acordo com as respectivas legislações nacionais das partes, no combate às mudanças climáticas” (preâmbulo).

Embora não seja possível, por ora, firmar juridicamente acordos internacionais com grupos sociais (indígenas, povos das florestas), com organizações do terceiro setor e com agentes econômicos, é possível estabelecer compromissos políticos, como a Declaração de Nova Iorque sobre Florestas, assinada em 2014, por ocasião da Cúpula do Clima das Nações Unidas.

Em relação à eficiência do regime climático, um dos grandes desafios é formar, o mais rapidamente possível, consenso social global sobre os riscos das mudanças climáticas (aquecimento global, eventos climáticos extremos, acidificação dos oceanos, aumento do nível dos oceanos).

O trabalho de Hoffman (2015) sobre a questão cultural, que está

por trás do debate a respeito das mudanças climáticas, mostra a divisão do povo norte-americano em relação ao tema, bem como a polarização da questão dentro da cena política, entre os conservadores e democratas; e fornece elementos que explicam muito bem por que os EUA não aderiram ao Protocolo de Quioto e continuam com um pé atrás na Convenção. Não obstante todas as expectativas geradas pelos compromissos assumidos pelo governo Obama, o cenário que se vislumbra no governo Trump parece confirmar o debate trazido por Hoffman (2015).

Hoffman (2015) demonstra que não basta construir o consenso científico a respeito da questão, muito embora nada menos que o Painel Intergovernamental para a Mudança do Clima (IPCC) seja o substrato técnico-científico do regime, visto que é preciso, também, construir um consenso social sobre a necessidade de adoção das medidas tendentes à estabilização da temperatura global e que essas medidas passam pela realização de certos esforços e pela aceitação de alguns sacrifícios.

Infelizmente, é difícil conquistar a adesão somente com discurso, e as pessoas ainda consideram a questão das mudanças climáticas como algo abstrato ou para o futuro distante; e parece que será preciso esperar que a humanidade e os agentes da governança global, em todos os níveis, “sintam no bolso e na pele” os efeitos das mudanças climáticas, para que seja construído um consenso mínimo que fortaleça o elemento cognitivo do regime, fundamental para a sua eficácia.

Nesse sentido, é preciso “aproveitar” (como oportunidades) os eventos climáticos extremos que vierem a acontecer relacionados com as mudanças do clima global para, didaticamente, demonstrar à humanidade o que ela pode encontrar pela frente num futuro próximo, caso não se conscientize do problema e da necessidade de adoção das medidas de mitigação, de adaptação e de outras medidas relevantes para enfrentar as mudanças climáticas e o aquecimento global antropogênico.

O relativo sucesso da COP-21 em torno de um novo instrumento vinculante acaba sendo fundamental, não apenas para o futuro do regime, mas também para o futuro da vida no planeta e da civilização humana. Entretanto, a celebração do instrumento, a sua entrada em vigor num cenário temporal que traz a questão climática para a agenda política dos governos, não é de todo significante em termos de resultado do regime. Um novo acordo no regime deve incentivar rearranjos institucionais, o que ainda não se viu na COP-22 de Marrakech, ainda que, basicamente, fosse essa a principal demanda da Conferência de 2016.

Há alguns desafios próprios do regime que devem ser enfrentados com urgência, tais como decidir a respeito do emprego de sanções para os países que não cumprirem suas metas de redução ou suas obrigações decorrentes do regime jurídico, além das comunicações nacionais, do monitoramento, da transferência de tecnologia e capacitação, do financiamento e da transparência de ação.

## **2.1 O encaminhamento da partilha de responsabilidades**

Outro aspecto desafiador relevante, como já visto, está na concretização e na aplicação do princípio (abstrato) das responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Como princípio desenvolvido no seio do Direito Ambiental Internacional, a responsabilidade comum, mas diferenciada, carrega em si uma força de convicção inigualável, que constitui a expressão definitiva e irreversível de sua afirmação histórica, filosófica, científica e jurídica.

Em qualquer lugar da Terra em que se emita um grama de GEE, é a atmosfera inteira que está sendo (sobre) carregada com o aumento da concentração desses gases; e sabe-se também que os efeitos das mudanças não serão definidos em função do lugar em que ocorreram as emissões, nem tampouco esses efeitos ficarão restritos a determinados locais (RUIZ, 2012).

Essa falta de determinismo causalista no sistema global climático, especialmente diante do fenômeno da globalização, rompe com todas as soluções tradicionais que o Direito, técnica de decidibilidade de conflitos, pode oferecer: o tradicional esquema da responsabilidade civil e de seus assemelhados, fundado no paradigma do nexos causal, é absolutamente inoperante em sede de mudanças climáticas; é totalmente inconcebível a ideia de que é possível exercer alguma espécie de poder soberano sobre a qualidade, a composição e a movimentação do ar atmosférico da coluna de ar situada acima do território físico do Estado (RUIZ, 2012).

Entretanto, como foi dito acima, não basta o reconhecimento do princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada. É preciso concretizá-lo, tirá-lo das alturas da abstração e trazê-lo para o território real sociopolítico de sua aplicação histórica e social.

A partilha Estado a Estado, povo a povo, nação a nação, economia a economia, vulnerabilidade a vulnerabilidade, tecnologia a tecnologia dessa responsabilidade comum será, talvez, o maior desafio da história da

humanidade até o momento.

E o encaminhamento, a solução dessa partilha, ao que parece, não está ao alcance de um tribunal internacional ou de um organismo supraestatal, tampouco numa disputa de poder soberanista, polarizada e conservadora, muito menos no uso da força bélica.

## 2.2 A prática da governança

Se existe alguma condução nessa solução, ela parte da assunção das vulnerabilidades e dos desafios postos, que somente poderão ser logrados por meio da governança, como técnica e processo para o enfrentamento democrático (com participação multinível), autorregulatório (desde que dotado de eficácia e mais do que somente *soft law*), institucional (mas não travado nem amarrado, como se encontra) e reflexivo (gerindo os riscos climáticos de forma plástica e dinâmica) desse problema comum e inadiável da humanidade.

Somente a governança poderá apontar a medida concreta e a dimensão real da responsabilidade (e sacrifício) de cada unidade (Estado) nessa totalidade astronomicamente complexa.

Um caminho possível se vislumbra quando a Convenção inova na elaboração de metas de redução das emissões de GEE e, diferentemente da lógica de Quioto, solicita às partes que apontem seus compromissos de redução (INDCs); e esses compromissos autoassumidos tornam-se mandatórios e podem ser cobrados pelos demais envolvidos, não apenas com sanções, mas com a possibilidade de ações e intervenções, seguindo uma estratégia de *bottom-up*.

Afinal, como bem observam Dubois e Morosini (2016, p. 197) “a consolidação do controle do cumprimento e da sanção do descumprimento são, geralmente, analisadas como fatores que conduzem à melhora da efetividade” dos regimes.

Mas isso não basta! É um trecho de um longo caminho, já que os compromissos individuais de cada Estado, ao se somarem, não garantem que será possível atingir os níveis necessários de emissão para a estabilização climática em 2º (dois graus) acima dos níveis pré-industriais.

Um próximo passo, em tal cenário, seria definir critérios para cortes, e isso deveria ser feito numa pintura adicional à Convenção-Quadro por meio da governança, para que todos os países “contribuam proporcionalmente, de forma equitativa” - suficiente e necessária para

estabilizar o sistema climático.

As ferramentas à disposição seriam a negociação, o diálogo, a transparência de ação, a cooperação (capacitação, financiamento, transferência de tecnologia), entre outras mais compatíveis com a prática da governança. E outro ponto importante sobre o regime é sua plasticidade funcional e adaptabilidade.

Com base no princípio da precaução, encontram-se a avaliação e a revisão permanentes e a construção de consenso entre os países acerca do uso combinado das estratégias de enfrentamento das mudanças climáticas, a saber: a) o planejamento territorial para adaptação às mudanças climáticas (uso do solo nas regiões costeiras, instalação de novos empreendimentos nessas regiões, como portos estaleiros, entre outros), entre outras medidas de adaptação; b) a descarbonização da economia, a criação de “empregos verdes” e cortes nas emissões de GEE, nos vários setores; c) o desenvolvimento e a utilização de tecnologia como a geoengenharia, sem que qualquer uma dessas estratégias de enfrentamento seja simplesmente descartada. Elas devem, ao contrário, ser integradas e produzir sinergia, de forma que o uso combinado dessas estratégias produza mais efeitos no enfrentamento das mudanças climáticas do que o uso isolado delas, propiciando ganho de eficiência.

Mesmo que a Convenção-Quadro tenha sucesso em atingir tempestivamente o seu objetivo final de estabilizar o sistema climático em torno de um nível de emissão de GEE e de um aumento da temperatura global razoavelmente seguro e tolerável, ainda assim é preciso observar que o regime das mudanças climáticas pode não ser suficiente para evitar a possível ocorrência de eventos catastróficos ou mesmo sistêmicos, provenientes de um realinhamento ou de novo estado de equilíbrio da biosfera.

### **2.3 As fronteiras planetárias**

Essa ideia se compatibiliza com a visão proposta por Rockström et al. (2009), a respeito das chamadas fronteiras planetárias, que, ao serem ultrapassadas, poderiam colocar em risco o equilíbrio ecológico em nível planetário: *If one boundary is transgressed, then other boundaries are also under serious risk.* (p. 474)<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Se uma das fronteiras planetárias é ultrapassada, então as demais fronteiras estão em sério risco. (Tradução do autor)

Conforme Viola e Franchini (2012), a noção de fronteiras planetárias aparece como uma nova forma de abordar a sustentabilidade, não já de forma isolada e localizada como a abordagem ambiental clássica, mas de forma global, sistêmica.

As fronteiras planetárias correspondem a certos limites representados por fatores físicos do ambiente (como o pH dos oceanos, a concentração de CO<sub>2</sub> na atmosfera), ou aparecem como limites de utilização, exploração ou degradação de recursos e bens ambientais dentro dos quais a civilização humana poderia operar com segurança, sem colocar em risco o equilíbrio ecológico planetário.

Essas fronteiras são formadas por nove limites que, ao serem ultrapassados, poderão colocar em risco a estabilidade ambiental mantida durante o último período geológico que antecede a Revolução Industrial, e, conseqüentemente, deslocar o equilíbrio do sistema global (biosfera), podendo acarretar conseqüências prejudiciais ou mesmo catastróficas em várias partes do globo terrestre<sup>10</sup>.

Nas palavras de Viola e Franchini (2012, p. 2),

[...] nove fronteiras planetárias são identificadas, sete<sup>11</sup> das quais são passíveis de serem quantificadas: mudança climática; acidificação dos oceanos; ozônio; ciclo biogeoquímico do nitrogênio e fósforo; uso da água doce; mudanças no uso da terra; biodiversidade; poluição química; e concentração de aerossóis na atmosfera. Três dessas nove fronteiras planetárias já foram ultrapassadas: mudança climática, taxa de perda de biodiversidade e ciclo do nitrogênio.

Como se pode observar, juntamente com o acréscimo de calor decorrente do balanço entre a radiação solar que entra no planeta e a energia que o planeta libera no espaço, a concentração de GEE na atmosfera por causa dos lançamentos antropogênicos desde a era pré-industrial já teria ultrapassado os níveis considerados seguros para a manutenção da estabilidade do sistema climático global.

Do mesmo modo, a perda de biodiversidade, quantificada pela taxa de extinção de espécies por milhão de espécies existentes, já pode estar

10 Transcrevem-se as considerações dos cientistas que propuseram a ideia das fronteiras planetárias (PB): [...] *Since the Industrial Revolution, a new era has arisen, the Anthropocene [nota 4], in which human actions have become the main driver of global environmental change [nota 5]. This could see human activities push the Earth system outside the stable environmental state of the Holocene, with consequences that are detrimental or even catastrophic for large parts of the world [...]*" (2009, p. 474).

11 Atualmente, oito das nove fronteiras planetárias ou (PB) foram quantificadas, restando apenas a quantificação da inserção de novas entidades biológicas.

colocando em risco a capacidade de resiliência dos ecossistemas, ou seja, sua capacidade para recuperar-se e manter-se estrutural e funcionalmente equilibrado diante de pressões externas, como a ação do homem.

A remoção de nitrogênio molecular da atmosfera, para ser utilizado pelo homem, quantificada em milhões de toneladas por ano removidas da atmosfera, já ultrapassou em muito o limite anual considerado seguro (ROCKSTRÖM et al., 2009, p. 473/4).

Além desses três limites globais, atualmente, há notícia de que já foi ultrapassada uma quarta fronteira planetária: a das mudanças no uso da terra (STEFFEN et al., 2015). Dessa forma, o percentual da cobertura original do planeta convertido para uso do homem (lavoura) já teria ultrapassado o limite prudencial de 15% da cobertura original.

Adotando-se a abordagem das fronteiras planetárias dentro das quais a humanidade poderia operar com segurança, formadas por nove limites cujas capacidades de suporte planetário, ao serem ultrapassadas, poderão colocar em risco a estabilidade e o equilíbrio do sistema global (biosfera), é preciso começar a pensar num mecanismo de governança integrador de regimes, capaz de articulá-los entre si.

A governança ambiental global (embora ainda deficitária) mostra-se como a ferramenta mais adequada para enfrentar a questão dos problemas comuns da humanidade, especialmente os problemas ambientais, mas entende-se que a governança, para agir eficazmente, precisa da quebra de paradigmas conservadores (VIOLA; FRANCHINNI, 2012), assim como de um mínimo de ordem e estabilidade, ou seja, de um conjunto de condições e de instituições, que são incompatíveis com um retorno à barbárie global, a um conflito armado ou a posturas absolutamente unilaterais, de arrogância e intolerância.

## CONCLUSÕES

É fato o avanço do Regime das Nações Unidas para a Mudança Climática, a partir da entrada em vigor do Acordo de Paris; e, diante do reconhecimento de que a fronteira climática planetária já foi ultrapassada e de que a humanidade não opera mais em um espaço seguro em relação à estabilidade do sistema climático, é imprescindível que esse regime gere resultados.

Os esforços ao longo de quase 25 anos de negociações, no âmbito do regime internacional, em torno da complexa distribuição das



responsabilidades comuns, mas diferenciadas, que cabem a cada país no esforço de mitigação de emissões, tiveram resultados pouco eficientes até o momento, ainda que não possam ser desprezados. A forte expectativa gerada com a nova etapa aberta na agenda mundial, a partir de 2016, não desconhece que as decisões tomadas ainda são insuficientes para garantir o objetivo de estabilização climática, porém demonstram a vitalidade de um processo complexo de negociação multilateral, que já apresentava sinais desanimadores.

Diante da abordagem de fronteiras planetárias interconectadas, faz-se necessário destacar que não basta vencer os desafios de celebrar e, depois, implantar e cumprir um acordo global de redução de emissões de GEE sem que também se promova uma eficaz governança no combate à desertificação, ao desmatamento e à degradação florestal, à conversão da cobertura vegetal natural, à perda da biodiversidade e da acidificação dos oceanos, na diminuição da remoção de nitrogênio atmosférico, do consumo excessivo de recursos hídricos, da poluição química e do lançamento de aerossóis na atmosfera.

## REFERÊNCIAS

ACORDO DE PARIS SOBRE O CLIMA. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acordodeparis/>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Decreto n. 2.652, de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. In: SENADO FEDERAL (Ed.). *Protocolo de Quioto e legislação correlata*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2004. p. 65-88.

BRASIL. *Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada (Indc) Para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf)>. Acesso em: 7 dez. 2016.

CAMARGO, Luis Antonio de. Os regimes internacionais enquanto ações de governança global. In: COSTA E SILVA, A; ARAÚJO, E.L (coord.). *Direito ambiental temas polêmicos*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 85/92.

CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇA DO CLIMA. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm)>. Acesso em: 2 jan. 2017.

DUBOIS, Sandrine Maljean; MOROSINI, Fabio Costa (Trad.). 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, maio/ago. 2016.

FARIAS, Valeria Cristina e REI, Fernando. De Berlim a Paris: a conferência das partes como espaço para o multilateralismo climático. In: GRANZIERA, M.L.M. e REI, F. (coord.). *O futuro do regime internacional de mudanças climáticas: aspectos jurídicos e institucionais*. Santos: Edital Livros Produções Editoriais, 2015, p. 97/120.

GONÇALVES, Alcindo. Regimes Internacionais como ações de governança global. *Revista Meridiano*, v. 12, n. 125, maio/jun. 2011.

GONÇALVES, Alcindo. Impasse nas Negociações sobre Mudança Climática. *Política Externa*, v. 23, n. 3, jan./mar. 2015, p. 87-103.

HOFFMAN. Andrew J. *How culture shapes de climate change debate*. Standford: Standford University Press, 2015.

MATO GROSSO. MT assina declaração de esforços conjuntos para desmatamento zero. Disponível em: <<http://www.mt.gov.br/-/governador-e-ministra-assinam-declaracao-de-esforcos-conjuntos-para-desmatamento-zero>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

MORE, R.F. *A segurança ecológica como princípio de segurança coletiva*. Disponível em: <<http://www.more.com.br/artigos/Seguran%FEa%20ecologica.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Acordo de Paris*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

REI, Fernando; CUNHA, Kamyła. O Brasil e o regime internacional de mudanças climáticas. In: GRANZIERA, M.L.M. e REI, F. (coord.). *O futuro do regime internacional de mudanças climáticas: aspectos jurídicos e institucionais*. Santos: Edital Livros Produções Editoriais, 2015, p. 17/34.

ROCKSTRÖM et al., A safe operating space for humanity. *Nature*, v. 461|24 September 2009, p. 472-75.

RUIZ, José Juste. El régimen internacional para combatir el cambio climático en la encrucijada. In: GILES CARNERO, R. (coord.). *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro*. Madrid: Aranzadi, 2012, p. 37-49.

STEFFEN W. et al., Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet. *Science* 13 february 2015, v. 347 n. 6223.

VIOLA, E.; FRANCHINI, M. Sistema internacional de hegemonia conservadora: o fracasso da Rio + 20 na governança dos limites planetários. *Ambiente & Sociedade*, v.15 n. 3, sept./dec. 2012.

YOUNG, Oran. *Institutional dynamics: Emergent patterns in international environmental governance*. Cambridge, MA: MIT Press, 2010.

Artigo recebido em: 02/02/2017.

Artigo aceito em: 07/08/2017.

### **Como citar este artigo (ABNT):**

REI, Fernando Cardozo Fernandes; GONÇALVES, Alcindo Fernandes; SOUZA, Luciano Pereira de. Acordo De Paris: reflexões e desafios para o regime internacional de mudanças climáticas. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 81-99, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/996>>. Acesso em: dia mês. ano.



---

# A “CASA COMUM”: POR UMA EPISTEMOLOGIA DO CUIDADO E DA JUSTIÇA PARA A AMÉRICA LATINA

**Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino**

---

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).  
Professor do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em  
Direito da Faculdade Meridional (IMED).  
E-mail: sergiorfaquino@gmail.com

**Neuro José Zambam**

---

Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).  
Mestre em Sistemas Éticos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).  
Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu  
em Direito da Faculdade Meridional (IMED).  
E-mail: neurojose@hotmail.com

## RESUMO

A tese que orienta esta investigação é a defesa da existência de uma epistemologia do cuidado e da justiça da “Casa Comum” na Encíclica *Laudato Si*. Busca-se definir o significado dessa metáfora e defende-se que seu conteúdo pode orientar a construção de soluções sustentáveis para os graves problemas da América Latina, especificamente as desigualdades sociais, as deficiências da democracia, a exclusão de culturas, o esvaziamento das instituições e o uso incorreto dos recursos ambientais e naturais. O objetivo geral deste estudo é determinar como a “Casa Comum” se torna o vetor epistêmico de cuidado, de uma nova concepção para a convivência fundamentada na centralidade da vida qualificada como digna ao Homem e Natureza na América Latina. O método de investigação utilizado foi o dedutivo. Como parte das conclusões, é necessário o reconhecimento e o aperfeiçoamento da “Casa Comum” dos latino-americanos para perpetuar o *Viver Bem* entre todos os seres a partir de responsabilidades que se manifestem de modo sistêmico, cooperativo e integrado.

**Palavras-chave:** “Casa Comum”; Cuidado; Democracia; Epistemologia; Justiça; Reconhecimento.

*THE "COMMOM HOME": FOR AN EPISTEMOLOGY  
OF CARE AND JUSTICE TO LATIN AMERICA*

**ABSTRACT**

*The thesis that guides this research is the defense of an epistemology of care about our 'common home' in the Encyclical Laudato Si. The authors seek to define the meaning of this metaphor and argue that its contents can guide the construction of sustainable solutions to the serious problems in Latin America, specifically, social inequalities, deficiencies of democracy, the exclusion of cultures, the emptiness of the institutions and the incorrect use of environmental and natural resources. The main objective of this study is to inquire how the "common home" becomes the epistemic vector to care actions for a new design of living based on the centrality of qualified life among Man and Nature in Latin America. The approach method was deductive. As part of our conclusions, recognition and development of the "common home" of Latin Americans perpetuates the Commom Good among all beings from responsibilities which manifests in a systemic, cooperative and integrated way.*

**Keywords:** *Care; Commom Home; Democracy; Epistemology; Justice; Recognition.*

## INTRODUÇÃO

As condições de Justiça Social (PASOLD, 2013, p. 55)<sup>1</sup> e Ecológica (BOSELNANN, 2015, p. 133)<sup>2</sup>, no cenário das graves ameaças que pairam sobre as relações entre os povos, o meio ambiente e as culturas, clamam pela elaboração de novas referências para orientar e estruturar o ambiente de forma solidária e interdependente, evitando as exclusões e outras formas de dominação e exploração. A publicação da Encíclica *Laudato Si* - carta de doutrina cristã na qual o papa Francisco realiza críticas ao desinteresse ecológico global sobre as mudanças climáticas, o consumo em demasia, os altos índices de pobreza que impedem o aperfeiçoamento humano e a união dos povos - representa a síntese dessa abordagem sistêmica e universal com as categorias essenciais para abordar temas da atualidade de forma interdisciplinar e cooperativa, tendo em vista o bem de todos.

O Século XXI deverá ser capaz de construir um conjunto de “utopias concretas” (BLOCH, 2005, v.1, p. 145)<sup>3</sup>, não ilusórias, com capacidade de unir as pessoas e os povos para, conjuntamente, cuidarem da “Casa Comum”. Essa é uma dimensão essencial para legitimar toda e qualquer forma de convivência no futuro, seja entre os seres humanos ou desses com a Natureza, no seu sentido mais amplo. A interrogação que orienta essa investigação e parte das pessoas preocupadas com o presente e o futuro sustentáveis é: Como é possível cuidar da “Casa Comum” a fim de que essa atitude se torne a identidade deste século?

1 “Quanto à JUSTIÇA SOCIAL, ao aceitar o esquema teórico proposto, é preciso incorporá-la como atitude e, coerentemente, exercê-la em comportamentos. Assim, quando se solicita JUSTIÇA SOCIAL, não se pode realizar o apelo ingênuo ou maliciosamente - como se o seu destinatário único fosse o Estado, ou um outro, como o Governo. O verdadeiro destinatário dos apelos à JUSTIÇA SOCIAL é o seu Agente: - o todo social, ou seja, a Sociedade. A JUSTIÇA SOCIAL somente apresentará condições de realização eficiente, eficaz e efetiva se a Sociedade, no seu conjunto, estiver disposta ao preciso e precioso mister de contribuir para que cada pessoa receba o que lhe é devido pela sua condição humana. E, da parte do Estado, caso ele exerça uma efetiva, contínua e legítima Função Social. Neste contexto, destaco três pontos estratégicos: 1º - a noção de JUSTIÇA SOCIAL não pode ser presa a esquemas fixados a priori e com rigidez indiscutível; 2º - a conduta do Estado não pode ser paternalista para com os necessitados e protetora ou conivente para com os privilegiados; 3º - a responsabilidade pela consecução da JUSTIÇA SOCIAL na sua condição de destinação da FUNÇÃO SOCIAL, deve ser partilhada por todos os componentes da Sociedade”. As expressões em maiúsculas são originais da obra estudada.

2 “[...] ‘Ecológico’ pode ser entendido como a modificação de ‘justiça’ em muito, da mesma forma que ‘sustentável’ pode ser entendido como a modificação de desenvolvimento. Nesta base, os únicos caminhos possíveis para o desenvolvimento são aqueles ecologicamente sustentáveis. Da mesma forma, os únicos caminhos possíveis à justiça são aqueles que reconhecem a sustentabilidade ecológica”.

3 “[...] O ponto de contato entre sonho e vida, sem o qual o sonho produz apenas utopia abstrata e a vida, por seu turno, apenas trivialidade, apresenta-se na capacidade utópica colocada sobre os próprios pés, a qual está associada ao possível-real. [...] aqui teria lugar o conceito de utópico-concreto, apenas aparentemente paradoxal, ou seja, um antecipatório que não se confunde com o sonhar utópico abstrato, [...]”.

A Encíclica *Laudato Si*, por meio das suas características específicas e de sua tradição, tem caráter universal, como atesta o seu parágrafo inicial: “Nesta Encíclica, pretendo especialmente entrar em diálogo com todos acerca da nossa ‘Casa Comum’” (FRANCISCO, 2015, p. 10). A tese que o autor apresenta e fundamenta desenvolve reflexões sobre a epistemologia do cuidado da “Casa Comum” como fundamento da atuação humana no mundo, bem como de sua responsabilidade integrada, interdependente e solidária para com os demais, sejam humanos ou não.

Afirma-se, com igual intensidade e objetividade, que essa compreensão é orientada por uma hermenêutica atualizada, que insiste na necessidade de efetivação das condições de justiça para a preservação de uma postura simbiótica, cooperativa entre Homem e Natureza na América Latina.

As dimensões que envolvem as relações humanas, ambientais, democráticas e sustentáveis neste continente estão diretamente associadas às condições em que se encontra a “Casa Comum”, isto é, o lugar de todos. Segundo considera Zarka (2014, p. 48)<sup>4</sup>,

a apropriação do mundo natural de forma indiscriminada, a instrumentalização do Estado com suas instituições, o processo de exclusão social de culturas, das minorias ou das vítimas de outras formas de violência, preferências e sistemas sociais denunciam a adulteração da “Casa Comum”.

Deve-se insistir no argumento: o esclarecimento acerca da expressão “Casa Comum” somente se desenvolve na medida em que o cuidado (BOFF, 2013, p. 38/39)<sup>5</sup> se torna vetor de experiência habitual, de reconhecimento sobre a importância do Outro - seja humano ou não-humano

4 “[...] A partir do conceito de inapropriabilidade da Terra, esse direito se amplia consideravelmente: ele comporta não só a hospitalidade, mas também os direitos humanos, o direito à resistência dos povos à opressão política e à superexploração produtivista da Terra e também o direito de gozar os frutos da Terra no lugar onde eles se encontram, bem como o direito a uma vida decente. Esse conjunto definiria a responsabilidade cosmopolita para com a humanidade. Deve, portanto, ser possível inferir da inapropriabilidade da Terra um princípio de solidariedade e justiça universal que, por um lado, sirva como um padrão normativo aos direitos estatais e, por outro lado, baseie a resistência, ainda que em termos puramente morais, aos vários modos de espoliação exercidos por aqueles que se deixam levar pela vertigem da apropriação”.

5 “Um modo-de-ser não é um novo ser. É uma maneira do próprio ser de estruturar-se e de dar-se a conhecer. O cuidado entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo-de-ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem o cuidado, ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado, desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, define, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo e por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana (Que responde à pergunta: o que é o ser humano?). O cuidado há de estar presente em tudo”.



- para consolidar projetos para uma vida comum na qual partilhe todas as adversidades a fim de superar esses momentos e incentivar - mais e mais - condições de dignidade a todos. Nenhuma “casa” acolhe a violência, o abandono, a opressão, mas, ao contrário, identifica a fragilidade, conforme Boff (2009, p. 75/76)<sup>6</sup>, dos seres e os protege. É nesse critério que, aos poucos, a “Casa” se torna mais ampla, “Comum” entre os diferentes *habitats* da América Latina.

Nesse contexto, podem-se visualizar inúmeras perspectivas e, simultaneamente, iguais possibilidades de reconfiguração da condição humana, da estrutura social e da natureza no presente, bem como as condições de existência no futuro. Essa é a abordagem e a preocupação deste texto. A reversão desse cenário, se orientada pelo pensamento contido no documento papal, contempla todos os atores sociais e reivindica suas “responsabilidades comuns”<sup>7</sup> (ZARKA, 2014, p. 46) para estreitar os laços de convivência entre todas as formas de manifestação vital deste continente.

A metáfora de Francisco utilizada na Encíclica *Laudato Si* (2015, p. 9) - o cuidado da “Casa Comum” - precisa ser entendida a partir de seu significado simbólico e do conjunto de suas orientações. Essa é a base a partir da qual se pode originar uma reconfiguração da realidade, alternativa ao atual corpo de doutrinas de matriz utilitarista, que associa interesses perversos à liberdade e reduz a política, a economia e a cultura aos parâmetros do mercado excludente, submetendo, especialmente, a concepção de justiça e o ordenamento jurídico ao individualismo moral.

Por epistemologia entende-se a investigação analítica dos fundamentos básicos que sustentam e justificam uma concepção ou convicção - seja de mundo, seja de uma área específica. De forma sistemática, constitui o núcleo de referências de como é possível propor uma arquitetura de conhecimento que expõe determinado tema teórico ou desenvolve argumentos em favor de soluções para problemas normalmente complexos e

6 “A vida, como vimos, é frágil e vulnerável. Está à mercê do jogo entre o caos e o cosmo. A atitude adequada para a vida é o cuidado, o respeito, a veneração e a ternura. [...] São essas atitudes que nos abrem à sensibilização da importância da vida. Elas implicam a mudança do paradigma cultural vigente, assentado sobre poder-dominação, e a introdução de um paradigma de convivência cooperativa, de sinergia, de enternecimento por tudo o que existe e vive. Em razão dessa viragem, urge redefinir os fins inspirados na vida e adequar os meios para esses fins. Só assim a vida ameaçada terá chance de salva-guarda e promoção”.

7 “[...] A responsabilidade para com a humanidade também pressupõe um vínculo, mas um vínculo cosmopolita, desta vez, portanto, universal. Trata-se, certamente, de uma responsabilidade comum, que é imposta aos indivíduos e às coletividades, devido ao vínculo pré-originário, porque nos faz quem somos. Esse vínculo pré-originário é a pertença à Terra antes de qualquer percepção, de qualquer pensamento e da ação. Ora, essa pertença significa que não é a Terra que nos pertence, mas que nós pertencemos a ela: trata-se de algo que se encontra em um nível acima de qualquer apropriação; em suma, é inapropriável”.

que demandam conjugação de interesses diversificados e atores com multiplicidade de concepções sobre a vida, o mundo e as pessoas.

Nessa linha de pensamento, o objetivo geral deste artigo é investigar como a “Casa Comum” se torna o vetor epistêmico de cuidado, de uma nova concepção para a convivência fundamentada na centralidade da vida qualificada como digna ao Homem e à Natureza na América Latina. Para desenvolver essa finalidade, escolheram-se como objetivos específicos: a) reconhecer a importância de todas as vidas que habitam a “Casa Comum”; b) identificar a necessidade do cuidado como fundamento de desenvolvimento e de esclarecimento da “Casa Comum”; c) propor a necessidade de uma postura epistêmica acerca desse vetor de convivência para a contínua manutenção e aperfeiçoamento da “Casa Comum”.

Este estudo assenta-se sobre três áreas: na primeira, aborda-se o “cuidado da “Casa Comum” como núcleo estruturante das referências. Na segunda, o cuidado da América Latina, que elege a necessidade de atualizar e de contextualizar o conteúdo central da justiça num ambiente complexo e exigente. Na terceira, a concepção de Homem e de sua responsabilidade sistêmica e solidária com todos os seres que habitam igual tempo e espaço.

O método que orienta esta investigação é o dedutivo (PASOLD, 2015, p. 205)<sup>8</sup> porque a Encíclica *Laudato Si*, como a referência mais importante e por seu caráter, torna-se o núcleo a partir do qual se busca avaliar e justificar as possíveis soluções para a América Latina, em suas múltiplas exigências e conjuntura, e também esclarecer a concepção e a responsabilidade humana não dominada pelo tecnicismo ou pelo antropocentrismo radical.

Associam-se aos estudos propostos os esforços deste artigo como pesquisa exploratória. Já as técnicas empreendidas aparecem pelo uso da pesquisa bibliográfica e documental (PASOLD, 2015, p. 207)<sup>9</sup>, da categoria (PASOLD, 2015, p. 25)<sup>10</sup> e conceito operacional (PASOLD, 2015, p. 37)<sup>11</sup>, quando necessários, na medida em que se buscam referências

8 “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral”.

9 “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”.

10 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia”. Grifos originais da obra em estudo.

11 “Quando nós estabelecemos ou propomos uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos, estamos findando um Conceito Operacional [...]”. Grifos originais da obra em estudo.

teóricas, seja para tornar mais clara a compreensão do texto, seja para a contextualização do conteúdo original ou para apresentar o domínio dos conceitos, com vistas a esclarecer determinados fenômenos.

## 1 LAUDATO SI E O CUIDADO DA “CASA COMUM”

O cuidado do meio ambiente (FRANCISCO, 2015, p. 86)<sup>12</sup>, das pessoas, da equidade social e das futuras gerações é um compromisso fundamental para preservar condições mínimas de sobrevivência humana e do mundo natural. Nesse caso, o mencionado autor (2015, p. 9), de forma corajosa, inicia seu escrito denunciando os abusos cometidos pelo Homem sobre a Terra, a “Casa Comum”: “Esta irmã clama contra o mal que lhe provocamos por causa do uso irresponsável e do abuso dos bens que Deus nela colocou. Crescemos pensando que éramos seus proprietários e dominadores, autorizados a saqueá-la”.

A compreensão dessa afirmação é fundamental para descobrir, afirmar e orientar a construção de uma epistemologia da “Casa Comum” porque assevera a origem de grande parte dos problemas encontrados nessa área, quais sejam, um antropocentrismo absoluto que elegeu o Homem com poderes de apropriação ilimitada dos recursos disponíveis para satisfazer seus objetivos e interesses. Para viabilizar esse projeto, utilizaram-se instrumentos, técnicas, estratégias e invenções cada vez mais potentes, sofisticadas e eficientes, sem qualquer apreço pela finitude da Natureza.

Nota-se que, no decorrer do escrito, há uma observação que denuncia uma hermenêutica limitada em relação à compreensão da obra da criação e da identidade do Homem, segundo Francisco (2015, p. 45-47)<sup>13</sup>. O esclarecimento sobre a vitalidade da “Casa Comum” sugere, ao contrá-

12 “Quando falamos de ‘meio ambiente’, fazemos referência também a uma particular relação: a relação entre natureza e a sociedade que a habita. Isto impede-nos de considerar a natureza como algo separado de nós ou como uma mera moldura da nossa vida. Estamos incluídos nela, somos parte dela e compenetramo-nos. As razões pelas quais um lugar se contamina exigem uma análise do funcionamento da sociedade, de sua economia, de seu comportamento, de suas maneiras de entender a realidade. Dada a amplitude das mudanças, já não é possível encontrar uma resposta específica e independente para cada parte do problema. É fundamental buscar soluções integrais que considerem as interações dos sistemas naturais entre si e com os sistemas sociais. Não há duas crises separadas: uma ambiental e outra social; mas uma única e complexa crise socioambiental. As diretrizes para a solução requerem uma abordagem integral para combater a pobreza, devolver a dignidade aos excluídos e, simultaneamente, cuidar da natureza”.

13 A compreensão de Francisco observa os limites da hermenêutica dos textos bíblicos, especialmente quando se refere à disposição dos bens da natureza e da própria missão do homem que, segundo afirma, conduz a um antropocentrismo despótico. O contrário, conduz a uma ética do cuidado e da responsabilidade com a natureza, o homem e os demais. A compreensão errônea de domínio desconsiderando o seu sentido original e sua repercussão em diferentes contextos deturpou o sentido da ação humana e o próprio sentido da natureza.

rio, uma hermenêutica integral e sistêmica para reconhecer e experimentar quais atitudes não respeitam os limites do próprio humano e do meio natural, com o objetivo de instaurar, no decorrer do tempo, uma genuína *comunhão universal* (FRANCISCO, 2015, p. 58)<sup>14</sup>.

O cuidado da “Casa Comum”, conforme o entendimento desse autor, compreende uma ação do Homem pautada pelo reconhecimento de sua grandeza e pela consciência da responsabilidade solidária e cooperativa em relação aos demais homens e - de forma ampliada, com igual sensibilidade - aos demais seres vivos (REIS; BIZAWU, 2015, p. 50)<sup>15</sup>. A “Casa Comum” é a casa de todos os seres - humanos e não-humanos; logo, a consciência do cuidado, associada atualmente, com a percepção de que os recursos naturais e ambientais são finitos, aguça com maior intensidade a prerrogativa da responsabilidade comum.

Cuidado - insiste-se - não significa apenas olhar para si e reconhecer os limites de uma condição e de natureza humana, porém, da mesma forma, significa sentir, ser cúmplice das angústias, da opressão, da miséria causada aos seres vivos, que não se comunicam sob o mesmo critério linguístico e racional humano. É necessário, sim, desenvolver uma sensibilidade aguçada para ouvir os clamores silenciosos da Terra. Cuidado é atitude desinteressada de acolhimento generoso ao Outro. Cuidado, para o pontífice (2015, p. 59), é expressão de um valor jurídico e democrático na medida em que favorece a proximidade entre os seres e o seu desenvolvimento *interespecies*<sup>16</sup>.

O não cuidado da “Casa Comum” evidencia a existência de injustiças que precisam ser sanadas. Nessa dinâmica, Francisco (2015, p. 50) afirma, com igual convicção e serenidade: “Por isso, a injustiça não é invencível”. Em torno dessa convicção, a prerrogativa de bem cuidar a

14 “As criaturas deste mundo não podem ser consideradas um bem sem dono [...]. Isto gera a convicção de que nós e todos os seres do universo, sendo criados pelo mesmo Pai, estamos unidos por laços invisíveis e formamos uma espécie de família universal, uma comunhão sublime que nos impele a um respeito sagrado, amoroso, humilde. [...]. Isto não significa igualar todos os seres vivos e tirar ao ser humano aquele seu valor peculiar que, simultaneamente, implica uma tremenda responsabilidade. Também não requer uma divinização da terra, que nos provaria de nossa vocação de colaborar com ela e proteger a sua fragilidade. Essas concepções acabariam por criar novos desequilíbrios, na tentativa de fugir da realidade que nos interpela. [...]. Devemos, certamente, ter a preocupação de que os outros seres vivos não sejam tratados de forma irresponsável, mas deveriam indignar-nos sobretudo as enormes desigualdades que existem entre nós, porque continuamos a tolerar que alguns se considerem mais dignos que outros”.

15 “Francisco afirma a necessidade de uma abordagem integral, isto é, que leve em consideração os aspectos naturais e sociais. Há uma interdependência entre os níveis mais elementares (subatômicos e genéticos) até os níveis maiores (ecossistemas)”.

16 “[...] Tudo está interligado. Por isso, exige-se uma preocupação pelo meio ambiente, unida ao amor sincero pelos seres humanos e a um compromisso constante com os problemas da sociedade”.

“Casa Comum” é uma realidade possível de ser pensada e efetivada nos diversos ambientes e por inúmeros agentes, sejam com liderança expressiva e reconhecida ou não.

Esse argumento é incisivo: sem o esclarecimento oportunizado pelo cuidado não é possível sequer cogitar a existência de uma “Casa Comum”. É a partir do reconhecimento ao “Outro absolutamente Outro” (LÉVINAS, 2000, p. 176)<sup>17</sup>, especialmente no caso da Natureza, que o ego se dilui e se movimenta para Outrem. A projeção e consolidação histórica da “Casa Comum” como espaço da tolerância (ZAMBAM; AQUINO, 2015, p. 382)<sup>18</sup>, da diversidade, do acolhimento somente se manifesta pela ação de cuidado diante do Outro sempre precário, provisório, incompleto e finito.

É aqui que a palavra de Francisco (2015, p. 9) tem sentido: “[...] a nossa ‘Casa Comum’ se pode comparar ora a uma boa irmã, com quem partilhamos a existência, ora a uma boa mãe, que nos acolhe nos seus braços [...]”. Eis, portanto, uma pergunta apropriada: Quem é violento contra alguém que o acolhe, sejam humanos ou não humanos?

Nesse ambiente, simultaneamente de perplexidade e esperança, destaca-se: Quem é o Homem? Qual sua missão e identidade social? Qual é a condição dos animais não humanos e da natureza? A convicção de Francisco (2015, p. 54) é esclarecedora: “A partir dos textos bíblicos, consideramos o ser humano como sujeito, que nunca pode ser reduzido à categoria de objeto”. Essa referência contempla a mais cara tradição democrática desde a sua origem, que consagra o Homem como sujeito de direitos, prerrogativa largamente contemplada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Semelhante argumento se observa, também, a partir das Constituições do Equador e da Bolívia, nas quais a Natureza se torna sujeito de direitos, protegida não por ser algo meramente útil ou existe somente pelos juízos de valores humanos - estéticos, industriais, econômicos, tec-

<sup>17</sup> “[...] o Outro, absolutamente Outro - Outrem - não limita a liberdade do mesmo. Chamando-o à responsabilidade, implanta-a e justifica-a. A relação com o outro enquanto rosto cura da alergia, é desejo, ensinamento recebido e oposição pacífica do discurso”.

<sup>18</sup> “A afirmação da Tolerância como um valor fundamental para a avaliação da arquitetura, do funcionamento, das garantias de estabilidade social e política, das políticas de desenvolvimento e das relações entre culturas ou concepções diferentes, inúmeras vezes conflitantes, representa a convicção moral e uma conquista histórica com condições de impulsionar os diferentes campos de relacionamento, a organização e o funcionamento das sociedades caracterizadas pelas deficiências e dificuldades para compreender e efetivar o exercício da *práxis* (sempre mais) tolerante. O valor da Tolerância precisa integrar o que se pode chamar de imaginário social ou, também, a compreensão de razão pública da sociedade democrática. Entretanto, a ausência de um exercício intrassubjetivo sobre o reconhecimento dos limites e deficiências humanas e sociais cria o *self deception* (autoengano) acerca do que é ser humano e, portanto, incita práticas sempre mais intolerantes”. Grifos originais do artigo estudado.

nológicos, cujos benefícios direcionam-se somente às presentes e futuras gerações -, mas porque é um “ser próprio”.

A “Casa Comum” somente tem sentido porque **todos** usufruem de seus *bens comuns* (MATTEI, 2013, p. 16/17)<sup>19</sup>, desde o mais vulnerável - inclusive os ecossistemas - até a pessoa com maior concentração de riquezas econômicas. Nenhum ser vivo é objeto de opressão, miséria e exploração para benefício de outro. Por esse motivo, Francisco (2015, p. 54) rememora:

[...] seria errado também pensar que outros seres vivos devam ser considerados meros objetos submetidos ao domínio arbitrário do ser humano. Quando se propõe uma visão da natureza unicamente como objeto de lucro e interesse, isso comporta graves consequências também para a sociedade.

A correção dos dramas sociais e naturais supõe a iniciativa do Homem como protagonista, e não como dominador, da mesma forma que a superação da relação de apropriação dos recursos naturais e ambientais deve, também, atender às possibilidades de outras graves dicotomias: “É evidente a incoerência de quem luta contra o tráfico de animais em risco de extinção, mas fica completamente indiferente perante o tráfico de pessoas, desinteressa-se dos pobres ou procura destruir o outro ser humano quem não gosta” (FRANCISCO, 2015, p. 59).

A “Casa Comum” é o referencial da existência humana junto aos demais seres vivos. Ninguém pode apropriar-se desse “modo-de-ser” exaustivamente, sem qualquer referência moral, da tradição cultural ou dos limites e orientações da legislação. A caracterização “comum” foi também esclarecida a fim de evitar contradições e outras inconsistências: “O meio ambiente é um bem coletivo, patrimônio de toda a humanidade e responsabilidade de todos” (FRANCISCO, 2015, p. 61).

A autêntica epistemologia do cuidado da “Casa Comum”, morada de todos, implica, conforme destaca Francisco, uma correta compreensão do Homem no exercício de sua autonomia e dotado de talentos, bem como de limitações, que demandam uma persistente atitude habitual de

19 “[...] O tema dos bens comuns, de fato, tem a ver com a questão fundamental sobre o domínio das coisas e da relação da pessoa com a natureza. Por esse motivo, o tema não pode ser abordado, nem compreendido, sem expor no cerne do debate a dimensão institucional do poder e a sua legitimidade. [...] Pensar sobre os bens comuns exige, antes de tudo, uma postura central tipicamente global capaz de situar no centro do problema o problema do acesso igualitário das possibilidades que o planeta nos oferece. Uma perspectiva desse sentido suscita perguntas difíceis de contestar para quem opera numa fé inabalável sobre a constante depredação dos recursos naturais [...]”. Tradução livre do original em espanhol dos autores deste texto.

reconhecimento acerca da complexidade desta rede de vida *interespecies*. Nesse sentido, sublinha o autor (2015, p. 74) com simplicidade e desejo de transformações profundas: “Mas a interpretação correta do conceito de ser humano como senhor do universo é entendê-lo no sentido de administrador responsável”.

Talvez a partir dessas palavras seja necessário, ao estilo do pensamento de Kant, propor neste artigo um *imperativo categórico*, a fim de orientar a ação humana para rasgar o véu que impede esse *estar-junto-com-o-Outro-no-mundo*: “Cuida de si para reconheceres a fragilidade da vida e disseminar, por meio das suas decisões, atitudes que preservem o Outro na sua absoluta diferença”.

A associação da “Casa Comum” com a responsabilidade moral na afirmação da relação interdependente e complementar entre todos os seres vivos clama pelo reconhecimento do imperativo da responsabilidade (GIACOIA JÚNIOR, 2000, p. 199)<sup>20</sup> para insistir, no cotidiano, na repercussão do distanciamento do Homem, da Natureza, da mentalidade exclusivamente técnica (GIACOIA JÚNIOR, 2000, p. 200)<sup>21</sup> diante das prerrogativas morais. O cuidado da “Casa Comum” precisa integrar o agir individual e coletivo.

## **2 LAUDATO SI: CUIDADO E JUSTIÇA PARA A AMÉRICA LATINA**

A “Casa Comum” dos latino-americanos tem contornos específicos, considerando a sua formação cultural, as riquezas naturais e ambientais, a expressiva presença de indígenas, a trágica experiência da escravidão associada ao massacre de outros povos, as desigualdades econômicas e a persistente instabilidade política.

Nesse contexto, as persistentes desigualdades ameaçam o equilíbrio social e a diversidade cultural e ambiental. Faz-se necessária a educação para os valores caros da tradição democrática, com destaque para a tolerância, a justiça, a solidariedade, a superação de preconceitos e as

20 Considerando o nihilismo contemporâneo evidenciado, Hans Jonas propôs um indicativo para o agir moral na época de domínio do saber técnico: “Age de maneira tal que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de autêntica vida humana sobre a terra”.

21 Giacoia Júnior explica como a proposição de Hans Jonas não pode ser reduzida ao individualismo moral ou a práticas restritas de corporações ou a ações de grupos isolados: “O novo imperativo ético não se dirige [...] ao comportamento do indivíduo privado, mas ao agir coletivo, sua destinação não é, portanto, à esfera próxima das relações entre singulares, mas a do domínio da esfera pública. Jonas reivindica uma nova espécie de concordância: não a incompatibilidade interna da vontade, nem aquela do ato consigo mesmo, mas a concordância entre os efeitos últimos do ato com a permanência de atividade humana autêntica no futuro”.



outras formas de classificação de pessoas, além da construção de outros paradigmas de relacionamento com a Natureza. O pensamento de Francisco orienta essa proposição de um paradigma da sustentabilidade de matriz ecológica (BOSELNANN, 2015, p. 50-56).

Os povos latino-americanos precisam conjugar esforços para que o cuidado da "Casa Comum" represente o justo objetivo que impulsiona e une os diversificados atores - humanos ou não - em torno de metas comuns em vista das condições de vida humana e ambientais equitativas. Nesse esforço, Francisco destaca especial emoção e preocupação com a Amazônia, como um dos pulmões do planeta que necessita ser cuidado com especial responsabilidade, o que pode ser feito especialmente a partir da cidadania expressa por Gudynas (2009, p. 66) como "Florestania"<sup>22</sup>

A sensibilidade do escrito reconhece os inúmeros esforços de parte significativa da população e das organizações sociais para mitigar a intensidade das misérias humanas. Com igual ênfase e preocupação, são denunciados os interesses internacionais que expropriam os seus recursos da Amazônia movidos apenas pela lógica de mercado e dos interesses econômicos de diferentes líderes e instituições.

Essa é uma prerrogativa, segundo o relato de Francisco, fundamental para congregar os povos em vista do cuidado e justiça para a "Casa Comum" latino-americana (2015, p. 29). Precisa-se, de início, pensar uma política internacional, num *projeto comum* (2015, p. 99/100)<sup>23</sup>, para empreender essas ações, seja na dimensão continental e, após, na dimensão mundial. Citam-se como exemplo os esforços feitos pela União de Nações Sul-Americanas - UNASUL (2016) - no artigo segundo de seu Tratado Constitutivo<sup>24</sup>.

22 "[...] *Ideas como la de florestania permiten incorporar una perspectiva biocéntrica, aunque el caso actual más destacado es la ya mencionada nueva constitución ecuatoriana, donde se reconocen derechos propios en la Naturaleza, la que incluso aparece bajo la concepción alterna de Pachamama [...]. En el caso ecuatoriano coexistirían una ciudadanía ambiental junto a elementos para una nueva meta-ciudadanía ecológica. La postura biocéntrica también sirve como fuente de obligaciones y responsabilidades, tanto frente al resto de la sociedad, como también ante la Naturaleza, y desde allí abordar nuevas estrategias de justicia ambiental*".

23 "[...] a mesma inteligência que foi utilizada para um enorme desenvolvimento tecnológico não consegue encontrar formas eficazes de gestão internacional para resolver as graves dificuldades ambientais e sociais. Para enfrentar os problemas de fundo, que não se podem resolver com ações de países isolados, torna-se indispensável um consenso mundial que leve, por exemplo, a programar uma agricultura sustentável e diversificada, a desenvolver formas de energia renováveis e pouco poluidoras, a fomentar uma maior eficiência energética, a promover uma gestão mais adequada dos recursos florestais e marinhos, a garantir a todos o acesso à água potável".

24 "A União de Nações Sul-Americanas tem como objetivo construir, de maneira participativa e consensuada, um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infraestrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconômica,



Uma proposta para o cuidado da “Casa Comum” latino-americana, ancorada na epistemologia da Encíclica *Laudado Si*, está associada à tradição de *vivir bien* (HUANACUNI MAMANI, 2010, p. 32). Essa é uma concepção que, além de unir metas, sujeitos e interesses diferentes, situa-se além do modelo em curso, denunciado por Francisco no conjunto da sua exposição, e visa a outra forma de viver, conforme assinala o autor (2010, p. 3):

O paradigma comunitário da cultura da vida para viver bem, sustentado por uma forma de vida refletida numa prática cotidiana de respeito, harmonia e equilíbrio comunitário com tudo o que existe, compreendendo que na vida tudo está interconectado, é interdependente e está inter-relacionado<sup>25</sup>.

As inúmeras consequências da falta de cuidado, da omissão e da exploração do mundo natural na “Casa Comum” dos latino-americanos intensificam as profundas - e históricas - desigualdades neste continente. A compreensão de uma forma de viver integrada, justa, respeitosa e solidária precisa compreender a necessária responsabilidade comum que supere a visão limitada e dependente da ação humana. No entanto, observa-se também como o atual modelo de desenvolvimento é o primeiro responsável pela situação caótica em que se encontra o meio ambiente comum, como esclarece Francisco (2015, p. 31):

Tendo em conta que o homem também é criatura deste mundo, que tem direito a viver e ser feliz e, além disso, possui uma dignidade especial, não podemos deixar de considerar os efeitos da degradação ambiental, do modelo atual de desenvolvimento e da cultura do descarte sobre a vida das pessoas.

Pode-se destacar nessa afirmação, a partir da proposição citada, a visão de Homem situado numa relação de igualdade equitativa com os demais seres da natureza e com responsabilidade moral para com todos. Uma concepção antropológica atualizada inviabiliza a ação do Homem como senhor absoluto sobre a Natureza e os demais seres. Não é possível, segundo Bosselmann (2015, p. 129) elaborar caminhos para uma vida mais sustentável sem que a Justiça não seja compreendida, também, sob o viés

---

alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados”.

<sup>25</sup> Tradução livre dos autores deste texto do original em espanhol.

ecológico<sup>26</sup>.

As dificuldades de formalizar e, posteriormente, de efetivar acordos em nível global impactam também a América Latina devido a interesses majoritariamente corporativos e dominados pela voracidade do mercado ou, sob outro ângulo, pelas ideologias políticas dominantes desde períodos distantes, que se perpetuam em muitos países (GUARDINI, 2000, p. 55)<sup>27</sup>. Essas deficiências quando avaliadas, segundo a orientação do cuidado da “Casa Comum”, demonstram a necessidade de uma nova forma de viver construída pela participação e pelo empenho de todos.

Novamente, insiste-se: a ausência habitual do cuidado ou da sustentabilidade não favorecem qualquer estímulo ou esclarecimento acerca da “Casa Comum” dos latino-americanos, mas, ao contrário, isola as nações que, cegas por seus interesses, não sabem como lidar com dificuldades transversais, comuns, que impedem um desenvolvimento mais qualitativo a todos. Por esse motivo, Francisco (2015, p. 121) reitera: “Sempre é possível desenvolver uma nova capacidade de sair de si mesmo rumo ao outro. Sem essa capacidade não se reconhece às outras criaturas o seu valor, não se sente interesse em cuidar de algo para os outros [...]”.

Essa visão foi atualizada, ainda, por Huanacuni Mamani (2010, p. 68): “viver melhor é consequência de um modelo não apenas econômico, mas maior, um modelo espiritual. Portanto, para se chegar ao horizonte do *bem viver*, não se pode repensar apenas a estrutura e o modelo econômico, mas precisa-se reconstruir a cosmovisão da cultura<sup>28</sup>”.

A descrição desse cenário torna-se mais explícita e coerente com os dilemas da América Latina quando Francisco esclarece as consequências sociais dessa falta de cuidado dos recursos naturais e ambientais disponíveis e, ainda, abundantes. O Pontífice (2015, p. 33) cita, de forma esclarecedora, a opinião da Igreja Católica boliviana:

De fato, a deterioração do meio ambiente e da sociedade afetam de modo especial os mais frágeis do planeta: ‘tanto a experiência comum da vida cotidiana como a

26 “A proximidade do ecocentrismo com a sustentabilidade ecológica é o caminho mais promissor para uma teoria funcional da justiça ecológica. [...] Para se tornar um conceito verdadeiramente ecológico, a justiça precisa chegar ao mundo não humano. [...] Não é o suficiente cuidar dos seres humanos que vivem hoje e amanhã, quando os processos naturais que sustentam a vida estão em risco. Há uma necessidade de identificar e reconhecer a importância ética e jurídica da integridade ecológica”.

27 “[...] os homens serão cada vez mais naturalmente considerados objetos, desde as modas incontáveis de captação, pela administração e pela estatística até as inimagináveis violações do indivíduo, dos grupos e até dos povos. E isto não apenas nas necessidades e paroxismos da guerra, mas como forma normal de governo e administração”.

28 Tradução livre do original em espanhol dos autores deste texto.

investigação científica demonstram que os efeitos mais graves de todas as agressões ambientais recaem sobre as pessoas mais pobres’.

A partir desse argumento, outra afirmação de Francisco (2015, p. 132) - “O amor, cheio de pequenos gestos de cuidado mútuo, é também civil e político, manifestando-se em todas as ações que procuram construir um mundo melhor” - enfatiza o alcance e a capacidade dos seres humanos para transformar realidades complexas como as da América Latina. Sob igual critério, fomenta-se a reconstrução do sentido da atuação política daqueles sob os quais está a responsabilidade moral e jurídica em vista de uma forma adequada e responsável de cuidar da casa de todos.

### **3 LAUDATO SI: A RESPONSABILIDADE PELA “CASA COMUM” DOS LATINO-AMERICANOS**

O compromisso do continente latino-americano em vista do cuidado da casa de todos, segundo o princípio da responsabilidade descrito por Giacoia Júnior (2000, p. 194), é sublinhado como: “[...] a ideia de dever e responsabilidade do agente humano relativamente à natureza e ao futuro das próximas gerações humanas sobre a terra”. Ao considerar que a responsabilidade primeira é do Homem, este é chamado a uma atuação efetiva, conforme sua identidade e missão. Nas palavras de Francisco (2015, p. 79),

Somos chamados ao trabalho desde a nossa criação. Não se deve procurar que o progresso tecnológico substitua cada vez mais o trabalho humano: procedendo assim, a humanidade prejudicar-se-ia a si mesma. O trabalho é uma necessidade, faz parte do sentido da vida nesta terra, é caminho de maturação, desenvolvimento humano e realização pessoal.

Essa abordagem precisa conceber o Homem inserido na rede da vida, no conjunto das suas relações e capacidades, para evitar que sua atuação repita o modelo em curso (HUANACUNI MAMANI, 2010, p. 6)<sup>29</sup>, que conduz a um antropocentrismo (SARLET, 2011, p. 42/43)<sup>30</sup> isolado e

29 “[...] os paradigmas de vida dominantes compreendem o indivíduo como o único sujeito de direitos e obrigações, instituindo-o como o único referencial de vida. Portanto, os sistemas jurídico, educativo, político, econômico e social se adequaram e respondem aos direitos e obrigações individuais”. Tradução livre do original em espanhol dos autores deste texto.

30 “É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva - [...] - ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação de dignidade da pessoa humana. Até que ponto, contudo, tal concepção efetivamente poderá ser adotada sem reservas ou ajustes na atual quadra da evolução social, econômica e jurídica constitui, sem dúvida, desafio fascinante [...]. Assim, poder-se-á afirmar [...] que tanto o pensamento de Kant quanto todas

autoritário ou, por vezes, a uma ilusão de igualdade entre todos os seres vivos. A percepção da responsabilidade moral precisa compor a educação para o cuidado preventivo, quando se podem antever ações que conduzam ao desequilíbrio entre os ecossistemas, aos conflitos sociais violentos ou a outras formas de destruição e corrupção.

Os recursos e pesquisas disponíveis, associados a legislações atualizadas, são instrumentos legítimos e eficazes para que esses objetivos não sejam esquecidos ou marginalizados pelos interesses nacionais. A busca por uma responsabilidade comum, pelo cuidado comum é o que favorece o esclarecimento de “Casa Comum”. Temas como sustentabilidade, por exemplo, são vetores fundamentais para a consolidação histórica da morada terrena, porém nenhum esforço isolado por parte dos Estados-nação é capaz de trazer respostas satisfatórias às dificuldades experimentadas, seja num continente ou no globo. Cuidado, responsabilidade e sustentabilidade reivindicam esforços transnacionais (STAFFEN, 2015, p. 22/23)<sup>31</sup>.

As deficiências políticas amplamente investigadas na América Latina retratam esse contexto necessitado de esclarecimento moral, de estruturas jurídicas atualizadas e de propostas políticas que preservem o patrimônio natural e cultural das sociedades, contribuam para a participação da sociedade e integrem os povos em vista de metas comuns e contribuam para o *bem viver* no mundo. A responsabilidade local não pode estar dissociada de compromissos de alcance universal (BOFF, 2012, p. 69),<sup>32</sup> ao contrário, deve

as concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana - encontram-se, ao menos em tese, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade [...] ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos. Para além disso, sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e de uma vida humana com dignidade, tudo a apontar para o reconhecimento do que se poderia designar de uma dimensão ecológica ou ambiental da dignidade da pessoa humana”.

31 Para organizar e exercitar esses critérios num cenário transnacional, cogita-se um Direito Global: “[...] o declínio do Estado Constitucional nacional e a ascensão de um paradigma global de Direito decorre, substancialmente, da penetração de critérios de governança nos assuntos e políticas públicas do Estado, logisticamente apoiado pelos avanços tecnológicos. [...] o Direito Global, por mais incipiente que seja, tem como objeto a compreensão e regulação das relações provenientes dos fluxos globalizatórios. Fluxos estes que não se restringem à globalização do segundo pós-guerra”.

32 Destaca-se a posição de Boff sobre essa dimensão a fim de evitar o desenvolvimento de novas formas de individualismo social, assim como para perceber a conexão existente na natureza cujas rotas de relacionamento se complementam, corrigem e contribuem para o seu vigor e aprimoramento: “Para realizar estas aspirações devemos decidir viver com um sentido de responsabilidade universal, identificando-nos com toda a comunidade terrestre, bem como com nossa comunidade local. Somos, ao mesmo tempo, cidadãos de nações diferentes e de um mundo no qual as dimensões locais e globais estão ligadas. Uma parte da responsabilidade pelo presente e pelo futuro, pelo bem-estar da família humana e do grande mundo dos seres vivos. O espírito de solidariedade humana e de parentesco com

estimular o aperfeiçoamento dessa convivência entre todos os seres na Terra.

Na América Latina, podem-se citar acordos - como é o caso da UNASUL - e legislações<sup>33</sup> que são indicativos de compromisso social para uma vida sustentável (BOFF, 2013, p. 128)<sup>34</sup> dos Estados e de instituições (FRANCISCO, 2015, p. 38)<sup>35</sup> que refletem o compromisso com o cuidado da “Casa Comum” de todos os povos.

Destacam-se também inúmeras pesquisas (KUJAWA, 2015, por exemplo), congressos<sup>36</sup>, seminários<sup>37</sup>, conferências<sup>38</sup> e outros<sup>39</sup>, que expressam a necessidade de abordagens atualizadas sobre os temas em evidência nessa investigação.

A riqueza do conteúdo desse conjunto de referências terá legitimidade na medida em que contribuirão para a construção de políticas alternativas de relacionamento com os recursos naturais e ambientais, assim como para o aprimoramento da democracia, do exercício dos direitos, da preservação do patrimônio cultural e da diminuição das desigualdades sociais.

A inoperância ou fraqueza das ações tanto em nível local como internacional implode as relações humanas, sociais e ambientais, conforme destaca Francisco (2015, p. 37): “Essas situações provocam os gemidos da irmã Terra, que se unem aos gemidos dos abandonados do mundo, com um lamento que reclama de nós outro rumo. Nunca maltratamos e ferimos nossa ‘Casa Comum’ como nos últimos dois séculos”.

Essa é uma metáfora que, quando associada aos dilemas da “Casa Comum” dos latino-americanos, retrata as dificuldades e deficiências exis-

---

toda a vida é fortalecido quando vivemos com reverência o mistério da existência, com gratidão pelo presente da vida e com humildade, considerando o lugar que ocupa o ser humano na natureza”.

33 Cita-se como exemplo a Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012, denominada Código Florestal Brasileiro.

34 “Uma sociedade é sustentável quando se organiza e se comporta de tal forma que ela, através das gerações, consegue garantir a vida dos seus cidadãos e dos ecossistemas nos quais está inserida, junto com a comunidade de vida. Quanto mais uma sociedade se funda sobre recursos renováveis e recicláveis, mais sustentável se torna”.

35 A posição da Igreja Católica Latino-Americana é uma referência para esse tema: “[...] nas intervenções sobre os recursos naturais, não predominem os interesses de grupos econômicos que arrasam irracionalmente as fontes da vida”.

36 *IV Congreso de Cultura y Educación para la integración de América Latina - “el Buen Vivir”. Democracia, participación e multiculturalismo na América Latina. Ozorno, Chile.* Evento realizado no ano de 2015.

37 III Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia: cidadania, justiça e cidadania. Ijuí, RS, Brasil. Evento realizado no ano de 2015.

38 Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável - a Rio+20. Rio de Janeiro, Brasil. Evento que se realiza de dez em dez anos.

39 Seminário Internacional “Direito, Democracia e Sustentabilidade”. Passo Fundo, Brasil. Evento anual que se realiza no mês de agosto.

tentes no continente que clamam por uma nova forma de organização e cuidado com os bens de todos. A insistência de uma história fundada na opressão e na exploração desmedida - seja de humanos ou do mundo natural - não deve servir como obstáculo aos desejos, às utopias carregadas de esperança de uma integração vital capaz de modificar as falsas promessas travestidas de “progresso” ou de “desenvolvimento sustentável”.

A percepção dos limites e ameaças precisam penetrar o imaginário e a atuação dos líderes, das autoridades, das associações e dos cidadãos em geral. Metas comuns fomentam posturas coletivas relevantes e de forte repercussão. Essas atitudes ampliam, mais e mais, a importância dos espaços democráticos, projetando-os como fenômeno transnacional. Uma concepção que conjuga realização humana e compromisso coletivo é sinalizado por Huanacuni Mamani (2010, p. 35):

[...] Tudo vive, e tudo é muito importante para o equilíbrio e a harmonia da vida, o desaparecimento ou a destruição de uma espécie é a destruição da vida. Concebemos que somos filhos da Mãe Terra e do cosmos. Portanto, todas as formas de relação [...] devem estar em permanente equilíbrio e harmonia com o todo, pois, quando se rompem, as consequências são para todos<sup>40</sup>.

O cuidado da “Casa Comum”, conforme propõe Francisco, demonstra a necessidade de estruturação de políticas de desenvolvimento sustentável ancoradas em parâmetros alternativos, que contemplem uma nova visão de homem, da natureza e de sociedade sistêmica, cooperativa, solidária e interdependente. A tradicional relação sujeito-objeto é unilateral e supõe a submissão do “Outro” diante do “Eu”. Ao invés desse modelo perverso, propõe-se o cuidado da “Casa Comum” como dever moral e compromisso social com as condições de *bem viver* no presente e para as gerações futuras. Eis as genuínas “utopias concretas”, que carregam “esperanças sensatas” (ROSSI, 2013, p. 85)<sup>41</sup> entre todas as gerações, na manutenção da vida de todos os seres.

## CONCLUSÕES

O cuidado da “Casa Comum” como uma responsabilidade de todos é imperativo moral para a contemporaneidade, devido às inúmeras

---

40 Tradução livre do original em espanhol dos autores deste texto.

41 Para Rossi, as “esperanças sensatas” devem ser capazes de responder a três indagações: “[...] temos diante de nós razões de esperança? Há razões que podem nos poupar do desespero? Que fazem com que continuemos no caminho?”.

agressões às pessoas, ao meio ambiente, ao ordenamento social e às futuras gerações. A não reversão desse quadro constrangedor e caótico representará a abertura das condições para o colapso ambiental, humano e social.

A epistemologia do cuidado da “Casa Comum”, exposta no decorrer do documento *Laudato Si*, representa uma alternativa política, social e ambiental para a construção de um modelo de convivência entre o Homem e a Natureza, o desenvolvimento e relações entre os povos pautada por referenciais que não reproduzam a atuação do Homem como centro desta rede de vida, especialmente nas ações de exploração, submissão e eliminação do Outro.

Essa tese, atualizada para o contexto da América Latina, demonstra a necessidade de efetivar um novo paradigma de relacionamento entre as pessoas e o meio ambiente, assim como de estabelecer objetivos e metas em vista da melhoria das condições de vida para todos no decorrer do tempo. Verifica-se, nesse momento, que a epistemologia da “Casa Comum” fornece as experiências e o esclarecimento necessário para desenvolver atitudes fundadas pelo cuidado, pela sustentabilidade, pela justiça e pela responsabilidade moral.

As gritantes desigualdades sociais, a instabilidade democrática e a expropriação dos recursos naturais e ambientais estão na origem dos altos índices de pobreza e escassez de recursos indispensáveis para a qualidade de vida. Os alicerces de uma “Casa Comum” não podem ser constituídos pela ignorância, miséria, opressão, submissão e eliminação, mas pelo esclarecimento e pela importância da diversidade vital que habita os ecossistemas neste continente.

O cuidado da “Casa Comum” ultrapassa fronteiras territoriais, círculos de interesses corporativos, grupos culturais, instituições e outros, para estabelecer condições e compromissos que visem a uma postura de preservação, admiração e utilização equilibrada dos recursos disponíveis. O seu discurso e práxis são, essencialmente, caracterizados por um fundamento ético e de justiça. Nesse cenário de dificuldades e ameaças, essa abordagem clama para a superação da indiferença e dos objetivos de curto prazo ou restritos aos Estados e a tolerância com ações, individuais ou coletivas, irresponsáveis em relação ao meio ambiente, às culturas e ao equilíbrio social.

A “Casa Comum” dos povos latino-americanos precisa tornar-se o local *Viver Bem* com responsabilidade. Os referenciais para essa nova relação precisam compreender, inicialmente, a necessidade de proteção e de

valorização das tradições culturais, num prestar atenção constante aos seus valores, tradições e relações com a natureza, conforme ressalta Francisco, destacando especificamente as comunidades indígenas.

A continuidade desse *projeto histórico comum* contempla as demais tradições e formações culturais, as instituições, com suas diferentes metas e vocações, especificamente aquelas devotadas à pesquisa científica e acadêmica, à promoção humana e à assistência social, à educação e à saúde, ao desenvolvimento político e cultural, à organização do espaço urbano e das alternativas de produção ou convivência, entre outras. A *unidade* da vida - pressuposto basilar para fundar a "Casa Comum" - somente se torna possível a partir do reconhecimento e do cuidado de sua *diversidade de seres interdependentes entre si*.

Nessa configuração, orientada pelo cuidado da "Casa Comum", destaca-se a importância da negociação de acordos estruturados a partir de ampla participação social e não dependentes, exclusivamente, da atuação da diplomacia oficial, normalmente atrelada aos interesses corporativos do Estado Nacional.

Acordos, tratados e outros mecanismos que possam facilitar a integração e a proteção de pessoas, especialmente os imigrantes ou os perseguidos, e dos recursos naturais e ambientais, especificamente, as florestas, os rios, os lagos e os patrimônios culturais, são vitais para a qualidade de vida dos seres vivos e da casa de todos.

A arquitetura da "Casa Comum" é uma proposta alternativa de relacionamento entre Homem e Natureza, cuja responsabilidade de concretização é de todos, não obstante haja obstáculos para cumprir essa finalidade, como a precariedade de uma integração democrática e cultural existente na América Latina.

A palavra de Francisco, associada ao Princípio da Responsabilidade e à tradição latino-americana do *bem viver*, sedimenta e constitui referência universal atualizada para orientar e impulsionar ações de longo prazo e reconhecidas pela ampla maioria dos povos. Torna-se necessária uma nova configuração social que, ao longo do tempo, não se deixe cegar pelos interesses egoístas que encobrem a existência do Outro - seja humano ou não humano - e dificultam a vivência de uma *comunhão universal*.



## REFERÊNCIAS

BOFF, Leonardo. *Ética da vida: a nova centralidade*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: Ética do humano - compaixão pela terra*. 19. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2013.

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é: o que não é*. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2012.

BOSELTMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCISCO. *Laudato si: sobre o cuidado da casa comum*. São Paulo: Paulus/Loyola, 2015.

GIACOIA JÚNIOR, Osvaldo. Hans Jonas: o princípio da responsabilidade. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. 2. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2000.

GUARDINI, Romano. *O fim da idade moderna: em procura de uma orientação*. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Edições 70, 2000.

GUDYNAS, Eduardo. Cidadania ambiental e metacidadanias ecológicas: revisão e alternativas na América Latina. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, Curitiba, Universidade Federal do Paraná (UFPR), v. 19, dez. 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/made/article/view/13954>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

HUANACUNI MAMANI, Fernando. *Buen Vivir/ Vivir Bien: filosofia, políticas, estratégias y experiencias regionales andinas*. Lima: CAOÍ, 2010.

KUJAWA, Henrique. *Conflitos territoriais envolvendo indígenas e agricultores: uma análise histórica e jurídica de políticas públicas contraditórias*. Curitiba: CRV, 2015.

LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000.

MATTEI, Ugo. *Bienes comunes: un manifiesto*. Traducción de Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. *A função social do Estado contemporâneo*. 4. ed. Itajaí, (SC): Editora da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015.

REIS, Émilien Vilas Boas; BIZAWU, Kiwonghi. A encíclica *Laudato Si* à luz do direito internacional do meio ambiente. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, Jan/jun. de 2015, p. 29-65. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/598/439>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

ROSSI, Paolo. *Esperanças*. Tradução de Cristina Sarteschi. São Paulo: Editora da UNESP, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do direito global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

UNASUL. União das Nações Sul-Americanas. *Tratado constitutivo da UNASUL*. Disponível <[http://www.unasursg.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=290&Itemid=339](http://www.unasursg.org/index.php?option=com_content&view=article&id=290&Itemid=339)>. Acesso em: 12 mar. 2016.

ZAMBAM, Neuro José; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Tolerância: reflexões filosóficas, políticas e jurídicas para o século XXI. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 142, n. 137, março de 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/389/323>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

ZARKA, Yves Charles. *O destino comum da humanidade e da Terra*. Tradução de Anderson Vichikenski Teixeira. São Leopoldo, (RS): UNISINOS, 2014.

Artigo recebido em: 04/02/2017.

Artigo aceito em: 11/08/2017.

**Como citar este artigo (ABNT):**

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; ZAMBAM, Neuro José. A “Casa Comum”: por uma epistemologia do cuidado e justiça para a América Latina. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 101-123, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/999>>. Acesso em: dia mês. ano.



---

# PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL

**Itamar da Silva Santos Filho**

---

Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca (Espanha).  
Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes (RJ).  
Professor da Universidade Estadual do Piauí (UFPI)  
Email: itamarssfilho@yahoo.com.br

**Paulo Rangel Araújo Ferreira**

---

Mestrando em Ética e Epistemologia pela Universidade Estadual do Piauí (UFPI).  
Graduação em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UFPI).  
Email: araujo\_rangel@hotmail.com

## RESUMEN

El trabajo aborda el estudio de los principales principios jurídicos que fundamentan fiscalidad ambiental, poniendo el énfasis en las importantes dificultades técnico-jurídicas que la implantación de estos instrumentos fiscales implican; así como, en las estrategias jurídicas para superarlas con la intención de establecer medios tributarios aptos para alcanzar sus objetivos, que son producir efectos positivos para el medio ambiente, además de recaudar ingresos para el Tesoro Público. Desde luego, la preocupación actual de la protección del medio ambiente es inherente al todo ordenamiento legal, así la orden jurídica-fiscal no puede quedarse insensible. Además, se estudió la viabilidad legal de tales impuestos y su eficacia en la preservación del medio ambiente. Tales imposiciones se presentan como un medio para internalizar las externalidades negativas. A través de investigación bibliográfica, se demuestra que la complejidad de los problemas fiscales ambientales enfrentados, con el objetivo de averiguar cómo se puede llegar a una solución a la problemática subrayada. Se concluye que el deber de contribuir, cuyo fundamento es el principio de solidaridad, se presenta como un instrumento apto de preservación del medio.

**Palabras-clave:** Medio ambiente; Fiscalidad ambiental; Extrafiscalidad; Principios tributarios; Capacidad económica.

*FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF  
ENVIRONMENTAL TAXATION*

**ABSTRACT**

*The paper deals with the study of the main legal principles that base environmental taxation, emphasizing the important technical and legal difficulties that the implementation of these fiscal instruments imply; As well as legal strategies to overcome them with the intention of establishing taxable means able to achieve its objectives, which are to produce positive effects for the environment, in addition to raising revenue for the Public Treasury. Of course, the current concern for environmental protection is inherent in the entire legal system, so the legal-fiscal order can not remain insensitive. In addition, the legal feasibility of such taxes and their effectiveness in preserving the environment were studied. Such impositions are presented as a means to internalize negative externalities. Through bibliographic research, it is demonstrated that the complexity of the environmental tax problems faced, with the objective of finding out how a solution to the underlined problem can be reached. It is concluded that the duty to contribute, whose foundation is the principle of solidarity, is presented as an appropriate instrument for the preservation of the environment.*

**Keywords:** *Environment; Environmental tax; Extrafiscality; Tax principles; Pay principle.*

## INTRODUCCIÓN

En nuestros días el medio ambiente aparece como problema global. Esta circunstancia exige una reflexión, y a la vez, la adopción de medidas que corrijan las conductas humanas contrarias a la conservación ecológica.

La gravedad del problema provoca que la conservación del medio sea considerada como una necesidad social, incorporándose al conjunto de preocupaciones políticas.

Luego, dentro de las opciones políticas existentes para el control ambiental tenemos el tributo como opción para la internalización de los efectos externos negativos ambientales. Su función es la de cargar sobre el agente económico (empresa o consumidor), el cual con su actividad produce efectos externos nocivos, unos costes equivalentes a tales externalidades; de este modo, se obligaría a tener en cuenta en su razonamiento económico no solo los costes internos, sino también los costes externos.

De igual modo, los juristas reflejan las dificultades que implica el establecimiento de tributos de carácter ecológico. Éstas no son pocas, ni fáciles de resolver, pero tampoco imposibles. Analicemos la posición de los principios tributarios frente al sistema de protección ambiental.

## 1 EL DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE ADECUADO

La Constitución brasileña de 1988 trajo en el artículo 225<sup>1</sup>, el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado y el deber fundamental de protección del medio ambiente, tanto para el Estado y para los individuos. Gobierno y sociedad deben participar en la protección del medio ambiente para preservar los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras<sup>2</sup>. Se observa que la protección del medio ambiente

1 *Artículo 225*. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

2 Mientras la Constitución de España (CE) de 1978 eligió la protección ambiental como principio rector de la política social y económica, donde afirma: *Artículo 45.1*. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. demás, en el caso español, la protección del medio ambiente queda remitida por el artículo 53.3 CE al legislador: 53.3 El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

aparece en la configuración constitucional con nuevas directrices a ser incorporadas en todas las acciones de un Estado Socioambiental de Derecho (YARZA, 2012, p. 371).

Así, ¿es posible sostener que toda persona tiene el derecho fundamental a las adecuadas condiciones de vivir en un entorno de calidad que permita una vida con dignidad. Eso es, ¿hay un derecho fundamental al medio ambiental adecuado?

La contestación de esa interrogante no es tan sencilla, porque estamos delante de una preocupación nueva en el contexto jurídico y, muchos temen reconocer el *status* de iusfundamental al medioambiente, basándose la concepción de los derechos fundamentales en una doctrina la positivista legalista (MARTINEZ, 1973, p. 174).

El Tribunal Constitucional (TC) español no reconoce dicho derecho como fundamental<sup>3</sup>, y sí como un principio rector, donde “los Tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente, sin duda, pero de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional” (art. 53.3 C.E., SSTC 32/1983, fundamento jurídico 2º, 149/1991, fundamento jurídico 1º, y 102/1995, fundamentos jurídicos 4º - 7º).

La doctrina española, en gran parte, comulga del posicionamiento del TC, Piqueras resume (1993, p. 51):

En este sentido, situado el artículo 45 CE en su contexto inmediato, hay que reconocer que, si bien su eficacia y valor no es idéntico al de los derechos fundamentales o los principios generales del artículo 9.3. Se ha sostenido la naturaleza de derecho fundamental del mismo por su conexión teleológica con el artículo 10.1 CE. A mi juicio, dada la ubicación del artículo 45.1 en la Constitución, y de acuerdo con el artículo 53.3 CE —que indica que los derechos reconocidos bajo la rúbrica «de los principios rectores de la política social y económica» «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»—, con el artículo 53.2 CE —, es evidente que el derecho al ambiente no ha obtenido rango de derecho fundamental en nuestra Carta Magna.

No parece adecuado en la doctrina del TC español no reconocer la protección del medio ambiente como derecho fundamental, pues el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, establece que: “A tenor de lo

<sup>3</sup> El Supremo Tribunal Federal de Brasil opina de forma distinta, donde afirma: La preservación de la integridad del medio ambiente: la expresión constitucional de un derecho fundamental de la generalidad de las personas. (ADI 3.540-MC, rel. min. Celso de Mello, *judgamento em 1º-9-2005, Plenário, DI de 3-2-2006*.)



dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada 14 de diciembre de 2007 en el Diario Oficial de la Unión Europea”.

Ya que en el artículo 37 de la mencionada Carta elige la protección del medio ambiente como derecho fundamental<sup>4</sup>. Y además, en el artículo 52.5<sup>5</sup>, coloca el desarrollo normativo como una opción para que los Estados miembros puedan aplicar y proteger los principios descritos en la Carta, y no una condicionante a la tutela judicial como lo hace la Constitución de España.

España ha ratificado desde 27 de abril de 1997, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde en su preámbulo dice que los Estados partes en el Pacto reconocen que los derechos allí definidos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana<sup>6</sup>.

Por fin, la propia Constitución española en su artículo 10 pone la dignidad de la persona con derecho fundamental, y reconoce que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Delante de todo este sendero legislativo no hay que negar la naturaleza y el rango de derecho fundamental a la protección ambiental.

Para establecer la identidad al medio ambiente como derecho fundamental hay que cambiar las lentes del observador. Robert Alexy (2007, p. 392) propone una naturaleza más compleja al derecho de entorno:

4 ARTÍCULO 37 Protección del medio ambiente: En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.

5 ARTÍCULO 52.5 Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6 En el artículo 12 del referido Pacto señala: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: [...] b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;”.

El derecho fundamental al medio ambiente responde más bien a aquello que antes se denominó «derecho fundamental como un todo». Está constituido por un conjunto de posiciones de tipos muy diferentes. Así, quien propone el establecimiento de un derecho fundamental al medio ambiente, o su adscripción interpretativa a las disposiciones de derecho fundamental existentes puede, por ejemplo, incluir en este conjunto o haz de posiciones, un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañen el ambiente (derecho de protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado emprenda medidas fácticas, tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica).

Morales (2012, p. 554) plantea que a medida de que el cambio climático y otros enemigos del medio ambiente han ido mostrando su peor cara, algunos de los contenidos del artículo 45 CE han comenzado a desplazarse, impulsados por la jurisprudencia, hacia el ámbito de la fundamentalidad, en busca de una eficacia directa de la que carece este precepto en conexión con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico.

Ariño (2003, p. 173-174) completa que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado se ha convertido en un derecho fundamental a proteger. Así se reconoce en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o en la propia jurisprudencia de Estrasburgo, reconociendo los derechos medioambientales como una nueva generación de derechos humanos. No me cabe duda, por tanto, que con esta línea jurisprudencial de Estrasburgo se está construyendo un auténtico derecho fundamental a disfrutar de un medio ambiente adecuado que se erige, cada vez más, en algo absolutamente esencial para garantizar la salud de las personas en una sociedad en la que, hasta ahora, se ha medido el bienestar en términos exclusivamente monetarios.

Podemos concluir que la protección del medio ambiente se proyecta en los dominios de derechos fundamentales una vez que está directamente conectado con la dignidad de la vida individual y colectiva.

## 2 OBJETIVOS Y TÉCNICAS FISCALES DE INTERVENCIÓN AMBIENTAL

El Estado tiene la responsabilidad de mantener un medio ambiente ecológicamente equilibrado, la entidad pública debe utilizar políticas públicas eficientes para combatir el mal uso de los recursos naturales. Así, una política fiscal se convierte en un instrumento vinculado al mantenimiento de los bienes ambientales<sup>7</sup>.

La finalidad de los tributos “*verdes*” no es de hecho punir, sino de incentivar a los agentes económicos en reducir la demanda de actividades potencialmente contaminantes y/o la sustitución de productos con alta intensidad contaminante por otros bienes más compatibles con la preservación de los entornos (SIERRA, 2015, p. 21)<sup>8</sup>.

Para lograr estos objetivos por medio del régimen tributario, hay técnicas fiscales de intervención ambiental que se concretan por medio del establecimiento de tributos, bien con la ayuda de exenciones, y también, mediante la redistribución entre las personas públicas de ingresos fiscales que genera a la defensa y la mejora del medio ambiente (VILLAREAL, 2013, p. 102).

La imposición ambiental se ha fundado en el intento de obtener recursos pecuniarios de los sujetos contaminadores para hacer frente a los gastos reparadores del Estado. El contaminador paga en función de las cantidad y calidad de los vertidos emitidos. Esta circunstancia suponía, al mismo tiempo, el establecimiento de un incentivo para no contaminar, que será mayor conforme se incrementa la cuantía de la degradación (STERLING, 2002, p. 155-156)<sup>9</sup>.

7 Hay que advertir que las medidas fiscales en favor de la protección ambiental no son los instrumentos jurídicos más adecuados para dicha función, tienen el carácter complementario, eso es, intenta que los agentes sociales respeten el entorno natural a través de incentivos financieros o la imposición de tributos. Los instrumentos administrativos, civiles, penales y de derecho internacional son los ejes para el mantenimiento del medio ambiente adecuado.

8 Sierra pondera que: La reforma fiscal verde siguiendo la teoría del doble dividendo, se trata de implantar distintos tributos sobre la energía y las actividades contaminantes, con el doble objetivo de, por un lado, incentivar conductas favorables a la mejora de la calidad medioambiental y, por otro, de obtener una mayor eficiencia económica a través de una recaudación adicional con capacidad para reducir la carga tributaria sobre el factor trabajo a través de la de una reducción de las cotizaciones sociales.

9 Sterling expone de manera muy didáctica: La escuela del Bienestar, liderada por Pigou, defendió la tesis de que los efectos externos negativos producidos a la sociedad por un empresario generador de contaminación habían de ser internalizados por dicho empresario; éste había de añadir a sus costes privados de producción, bien el pago de la indemnización, bien la carga de un impuesto de importe igual a la diferencia entre los costes privados y sociales de la producción por él generada, indebidamente infravalorados al no tener en cuenta los daños sufridos por determinados individuos o por la colectividad en su conjunto.

Así, el fundamento de los tributos ambientales viene constituido por el enlace entre el deber de contribuir y la obligación de los poderes públicos de proteger el medio; mientras que su fin es el de redistribuir los costes ambientales entre los sujetos implicados en la degradación del mismo para la beneficio de la colectividad a disfrutar de un entorno saludable y de bienestar.

Además, las técnicas tributarias de intervención estatal pueden realizar, igualmente, una función estimuladora de aquellos comportamientos óptimos con el medio. El legislador es plenamente consciente de la importancia de las medidas fiscales en orden a estimular conductas plenamente respetuosas con el medio y desincentivar aquellas contrarias a éste.

La técnica se concreta en la provocación de un efecto desgravatorio, total o parcial, respecto de los tributos establecidos. Su finalidad es incentivar la incorporación de tecnología “limpia”, mecanismos de depuración (GONZÁLEZ, 2008, p. 1134). También están dirigidas para las situaciones en los que los gastos financieros a asumir por los sujetos contaminadores son muy altos, o bien, se trata de incentivar la investigación tecnológica ambiental (PICHOT, 1994, p. 32)<sup>10</sup>.

Una otra técnica tributaria ambiental es la redistribución de una cuota de los ingresos tributarios entre los entes públicos, en razón de la adopción de políticas públicas ambientales dirigidas a la protección y conservación. Representa un símbolo de justicia económica en el momento en que se valoran los servicios ambientales prestados, remunerando este servicio. El reparto de los recursos financiero del Estado debe primar por la eficiencia que puede ser alcanzada a través de mecanismos de incentivo dibujados para priorizar la mejoría de indicadores socioambientales y, consecuentemente, una redistribución más equitativa de los ingresos públicos (SCAFF, 2005, p. 746).

Luego, estos mecanismos tributarios se caracterizan como relevantes instrumentos para que el derecho fundamental al medio ambiente resulte adecuado, posibilitando una consolidación del desarrollo sostenible y la mejora de la calidad de vida.

---

<sup>10</sup> Pichot señala que: Pueden existir circunstancias, sin embargo, en que están justificadas las ayudas financieras, especialmente para cubrir los gastos de investigación y desarrollo (I+D) en medidas de control de la contaminación o en tecnologías limpias. Empezar investigaciones sobre nuevas va manifiestamente en el sentido de la búsqueda del bien público.

### 3 PRINCIPIOLOGÍA DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL

Para el trabajo fueron seleccionados los principios generales del Derecho Tributario, bien como específicos de la imposición ambiental, que juntos justifican el Derecho Tributario Ambiental.

La fiscalidad ambiental tiene su fundamento en el deber de contribuir y, por supuesto, también encuentra en él sus límites. De la configuración jurídica del deber de contribuir, está asociada a otros límites que son los principios que determinan la configuración jurídica de las medidas fiscales ambientales que, a seguir, serán abordados.

#### 3.1 Capacidad económica como límite a la tributación ambiental

El principio de capacidad económica se inspira en el orden natural de las cosas: donde no hay riqueza es inútil imponer tributos. Sin embargo, su formulación jurídica, no servir solamente para preservar la eficacia de la ley tributaria, además, desea proteger el contribuyente, evitando una imposición inadecuada a su capacidad de pago que, en consecuencia, comprometa sus medios de subsistencia, o el libre ejercicio de la libertad económica y de otros derechos fundamentales.

Luego, el tributo no constituye una mera entrega de recursos que los particulares se ven constreñidos a realizar al ente público, en acatamiento al poder de imposición que éste ejercita. La exacción es una verdadera institución jurídica, que ha de consistir en una prestación *justa* (BUJANDA, 1963, p. 182-183).

La capacidad económica vincula al legislador ordinario en un doble sentido: a) De un lado, en sentido positivo, todo el que posee un determinado nivel de capacidad económica ha de contribuir, lo que obliga a tipificar como hechos impositivos todas las situaciones indicativas de esa capacidad económica. Habrá que combinar el aspecto subjetivo de la capacidad económica (todo sujeto que tenga un determinado nivel de capacidad económica deberá contribuir) con su aspecto o dimensión objetiva (sujeción al impuesto de todos los actos reveladores de esa capacidad); b) De otro lado, en su sentido negativo, el principio de capacidad económica impide que puedan someterse a la tributación situaciones no indicativas de esa capacidad. Con ello queremos indicar que basta con que la situación elegida como hecho imponible sea general y presuntivamente indicativa de

capacidad económica (GIARDINA, 1961, p. 438)<sup>11</sup>.

Así, la imposición ambiental se dirige a proteger el ambiente mediante la actuación del deber de contribuir. Una construcción jurídico-tributaria que prescinda de las exigencias de justicia predicadas respecto del deber de contribuir plantea el riesgo de la desnaturalización del instituto tributario (GONZALEZ, 1987, p. 671)<sup>12</sup>.

La doctrina disiente en relación la observancia del principio de capacidad económica sobre la fiscalidad extrafiscal. Algunos reclaman no es posible la incidencia de ese principio, mientras otros comparten la idea de buscar la compatibilidad de los institutos (COELHO, 2009, p. 89)<sup>13</sup>.

Klaus Tipke y Douglas Yamashita afirman que (2002, p. 62):

Assim, se a finalidade extrafiscal de certos tributos ou normas tributárias consistem em equilibrar a balança comercial, penalizar o poluidor, desincentivar o fumo ou o alcoolismo ou incentivar a contratação de deficientes físicos, tais tributos deixam em parte a seara do Direito Tributário para invadir o Direito Econômico, o Direito Ambiental, o Direito Previdenciário, o Direito Trabalhista, nos quais não faz sentido falar em justiça fiscal e de princípio da capacidade contributiva. Nestes casos trata-se de outra espécie de justiça: a justiça social. Portanto, o princípio da capacidade contributiva não se aplica a tributos com finalidade extrafiscal, que no entanto, têm sua constitucionalidade controlada pelo princípio da proporcionalidade.

En sentido contrario, Juan Lapatza esclarece que el sostenimiento de los gastos públicos permite al legislador establecer tributos con fines distintos al puramente recaudatorio, con fines, extrafiscales, siempre que

11 Giardina señala que: La capacidad económica se puede hablar en dos sentidos, paralelamente, la capacidad económica absoluta y la capacidad económica relativa. *La capacidad económica absoluta* se refiere a la existencia de capacidad, a la aptitud abstracta para concurrir a las cargas públicas. En un primer momento —creación de la norma tributaria— hay que definir quiénes son los sujetos con capacidad económica, y para ello, habrá que determinar qué hechos o qué situaciones son las que nos indican la existencia de la capacidad económica. Aquellos que protagonicen estos hechos indicativos de capacidad económica serán los sujetos que deban contribuir. *La capacidad económica relativa* supone la absoluta, y se dirige a delimitar el grado de capacidad. *El quantum*. Opera, pues, en el momento de la determinación de la cuota.

12 Gonzalez alerta que: Toda institución y, por tanto, también la tributaria, debe ser analizada no sólo en función de su estructura y finalidades específicas sino asimismo atendiendo a los presupuestos constitucionales globalmente considerados, ello no puede conducir a entender que el tributo pueda ser desvirtuado de tal modo que se transforme en una sanción, pues lo sería tanto como volver a la época en que el tributo era una institución odiosa, con preterición de su actual cometido: contribuir de modo directo o indirecto a la financiación de los gastos públicos.

13 Sacha Calmon considera que la extrafiscalidad es incompatible con la capacidad contributiva. Para él no habría que hablarse en extrafiscalidad sin que hubiese la exacerbación de la tributación, justamente por la utilización de los tributos con vista a lograr resultados distintos de la simple recaudación.

se respeten las exigencias mínimas del principio de capacidad, desde que tales fines sean protegidos por la Constitución (LAPATZA, 2000, p. 188).

La utilización del tributo como instrumento de política ambiental presupondría como condición de legitimidad la capacidad contaminante, luego la capacidad contributiva se enlaza a la finalidad de la imposición (ROSEMBUJ, 1995, p. 245).

En la misma idea la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (1987, p. 13) indica que:

Es constitucionalmente admisible que el Estado, y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, establezcan impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago, respondan principalmente a criterios económicos o sociales orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza.

El hecho de que la tributación ambiental busca fines distintos de la simple recaudación<sup>14</sup>, no autoriza apartar la capacidad económica (NABAIS, 1997, p. 629). El carácter extrafiscal de un tributo no modifica o altera en modo alguno la materia imponible gravada por el mismo, que debe señalar un signo de riqueza (ORTEGA, 2008, p. 105). Tenemos en cuenta que la capacidad de pago debe ser respetada en todo momento, ya que de lo contrario, las reglas extrafiscales estarían autorizadas a la confiscación y la imposición del mínimo existencial.

### 3.2 Principio de igualdad contributiva

El más importante de los valores que lleva consigo a una colectividad política es la igualdad. Su afirmación sólo fue posible tras el derrumbe del viejo orden político, con la Revolución francesa que se convirtió en una de las principales reivindicaciones de los revolucionarios liberales (VIDA, p. 2004, 84-85). La Constitución española en su artículo primero consagra la igualdad como valor supremo, distinguiendo la doctrina entre una igualdad material (art. 9.2 CE) y una igualdad formal (art. 14 CE), igualdad tributaria que se concreta en el artículo 31.1 de la CE.

14 Nabais afirma: Nem toda a tributação ecológica ou ambiental se configura como (verdadeira) extrafiscalidade. Desde logo e antes de mais, porque a actual preocupação da defesa do ambiente é inerente e atravessa todo o ordenamento jurídico, a ela não sendo por conseguinte insensível o próprio ordenamento jurídico-fiscal. Pelo que também à generalidade dos impostos não passa, nem pode passar, despercebida esta “tonalidade” ecológica do direito. Depois, não está excluída a hipótese, de resto já mencionada, de verdadeiros impostos ecológicos fiscais em que domina a finalidade financeira.

La igualdad bajo un prisma fiscal impide que el sistema tributario sea tachado de injusto en el reparto de las cargas fiscales y imponer que todos los ciudadanos tiene la obligación de pagar impuestos según la capacidad económica, que se concreta cuantitativamente en el principio de proporcionalidad (ROJO, 2012, p. 69)<sup>15</sup>.

Los criterios definidores de la igualdad tributaria en la doctrina del TC español son esclarecedores, veamos a partir de la STC sentencia 76/1990, de 26 de abril de 1990:

a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

Ahora bien, se puede dar una desigualdad tributaria, a causa de la utilización extrafiscal de los tributos, siempre y cuando la misma tenga una justificación válida, la cual en nuestro estudio se justifica por la defensa del medio ambiente. Cabe añadir que las diferencias entre la tributación ambiental entre las entidades tributantes no vulnera la igualdad, salvo que aquéllas sean claramente discriminatorias y no encuentren su justificación en otros principios constitucionales (PRIETO, 2008, p. 73).

---

15 Rojo enseña: El principio de igualdad se opone a la discriminación en el tratamiento de situaciones que pueden considerarse iguales. Lo cual no impide que la ley establezca un trato desigual que se funde en criterios objetivos y suficientemente razonables.



### 3.3 Progresividad

El principio de progresividad también es una exigencia directa del principio de justicia, como se desprende del artículo 31 CE<sup>16</sup>. Se entiende por progresividad aquella característica de un sistema tributario según la cual a medida que aumenta la riqueza de cada sujeto, aumenta la contribución en proporción superior al incremento de riqueza (ROJO, 2012, p. 72). Por medio de este principio se pretende desarrollar la capacidad económica e igualdad añadiendo nuevas fuerzas al carácter redistributivo del sistema tributario (ESEVERRI, 2011, p. 43).

La progresividad no es algo propio de cada tributo, es algo propio del sistema impositivo, de manera que cuando se estudia la progresividad hay que hacerlo sobre todas las figuras impositivas que recaen sobre el sujeto pasivo<sup>17</sup>. De hecho, si la progresividad no fuera exigible únicamente del conjunto del sistema tributario, casi todos los tributos que existen en la actualidad serían inconstitucionales, porque de todos ellos el IRPF puede decirse que sea -al menos en buena medida- un impuesto progresivo, luego en los impuestos indirectos resulta impropia para la aplicación de este principio (AVILES, 2007, p. 76).

No obstante, la existencia de varios tipos de gravamen dentro de los impuestos indirectos principalmente en el IVA produce una especie de “progresividad cualitativa” (ORTEGA, 2013, p. 54-55). En este sentido, dentro de la imposición ambiental es imprescindible la existencia de dicha progresividad cualitativa, es decir, que prevea tipos mayores para aquellos consumos de bienes o servicios con mayor incidencia ambiental. La técnica consiste en establecer tipos de gravámenes bajos para las actividades y consumos normales, e ir incrementando dicho tipo de gravamen conforme la actividad o el consumo abandona los márgenes de racionalidad legal.

La justicia tributaria en los gravámenes ambientales exige que

<sup>16</sup> No hay referencia de progresividad en la Constitución brasileña como principio general del sistema tributario, pero élla se encuentra expresamente vinculada a los principios informativos del Impuesto sobre la Renta (art. 153, §2º, I); Impuesto sobre propiedad rural (art. 153, § 4º) y; Impuesto sobre propiedad urbana (art. 156, § 1º, I).

<sup>17</sup> El Tribunal Constitucional en la *Sentencia 27/1981, de 20 de julio, Fundamento Jurídico 4*, señala que: Aunque una definición válida de lo que debe entenderse por justo, a efectos tributarios, sería una tarea que rebasa el planteamiento que aquí hemos de hacernos, lo que no puede soslayarse es que el legislador constituyente ha dejado bien claro que el sistema justo que se proclama no puede separarse, en ningún caso, del principio de progresividad ni del principio de igualdad. Es por ello -porque la igualdad que aquí se reclama va íntimamente enlazada al concepto de capacidad económica y al principio de progresividad- por lo que no puede ser, a estos efectos, simplemente reconducida a los términos del art. 14 de la Constitución: una cierta desigualdad cualitativa es indispensable para entender cumplido este principio. Precisamente, la que se realiza mediante la progresividad global del sistema tributario en que alienta la aspiración a la redistribución de la renta.

pague más el sujeto que más contamina, y que cada unidad de contaminación que se añade padezca unos tipos de gravamen progresivamente superiores a los propios de las unidades anteriores. En síntesis, el principio de progresividad debe también ser considerado como un instrumento al servicio de la finalidad extrafiscal de protección al medio ambiente; cuanto mayor sea la capacidad de contaminación, más progresivos tendrán que ser los elementos configuradores de la deuda tributaria.

### 3.4 Principio de legalidad tributaria

En primer plano, desde una perspectiva democrática, la reserva de ley fundamenta la exigencia de la autoimposición o consentimiento de los impuestos (*“nullum tributum sine lege”* o *“no taxation without representation”*), conforme a la cual los poderes públicos no pueden exigir unilateralmente a los ciudadanos (ni estos estarán obligados) el pago de cualquier prestación patrimonial y pública si, previamente, no ha sido consentida ni regulada por normas jurídicas de mayor rango jerárquico emanadas de representantes políticos legítimos<sup>18</sup>.

En el ámbito de la libertad y la propiedad, la regulación por ley de los tributos consistente en preservar la unidad del ordenamiento jurídico para garantizar la igualdad básica o tratamiento uniforme para los contribuyentes<sup>19</sup>.

Además, el principio de legalidad en materia tributaria conecta con el principio de seguridad jurídica, la certeza del Derecho posibilita que los contribuyentes puedan conocer con precisión el alcance de sus obligaciones fiscales y las consecuencias que pueden derivarse de su conducta (MADRIGAL, 1998, p. 44). Por fin, la legalidad como un modo de organización del poder, al cabo, como un sistema de distribuciones de competencias que se concreta en la esfera política-constitucional (ALONSO, 1999, p. 101). Ahora pasamos a plantear que cuestiones pueden surgir sobre la reserva de ley en materia medioambiental.

---

18 *Sentencia del Tribunal Constitucional n. 185/1995 (fundamento jurídico 3)* indica que: El principio de legalidad en materia tributaria responde en su esencia a la vieja idea, cuyo origen se remonta a la Edad Media, de garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los Entes públicos sean previamente consentidas por sus representantes; la reserva de ley se configura como una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano (STC 19/1987).

19 *STC n. 19/1987 (ff 4º)* Asevera: Esta garantía de la autodisposición de la comunidad sobre sí misma, que en la Ley estatal se cifra (art. 133.1), es también, en nuestro Estado constitucional democrático, como hemos puesto de relieve más arriba, una consecuencia de la igualdad y por ello preservación de la paridad básica de posición de todos los ciudadanos.

El medio ambiente es objeto de un deber de protección fundamental de rango constitucional encomendado a los poderes públicos y los particulares. Para cumplir tal encargo colectivo se supone un coste económico para el Estado. El fundamento constitucional de este tipo de tributos radica, precisamente, en la necesidad o deber de los particulares también de la procura de la protección del medio ambiente. Esa exigencia es especialmente apremiante por parte de los que como consecuencia de sus actividades empresariales generan especiales factores de contaminación, lo que supone que especialmente el coste de las medidas de protección ambiental debe asumirse por estos agentes económicos (LÓPEZ, 2008, p. 141).

Otra inquietud en el plano de la normativa de protección ambiental está en determinar los límites competenciales de las haciendas públicas, eso es, determinar la potestad tributaria sobre la materia ambiental entre los entes tributantes. El problema existe, fundamentalmente, en razón de la existencia de una competencia concurrente entre los Entes públicos en materia ambiental y de la ausencia de una repartición clara de los hechos imposables entre las entidades fiscales, para que las mismas puedan desarrollar con seguridad la imposición medioambiental correspondiente (GONZALEZ, 1980, p. 378; MAGALHÃES, 2003, p.148). La delimitación material de la potestad impositiva ambiental no supone grandes dificultades, ya que ellas estarían vinculadas al ámbito territorial de intereses ambientales a ser protegido (FERNÁNDEZ, 2011, p. 22).

### **3.5 Principio “quien contamina paga”**

Este principio aparece por primera vez en el escenario jurídico, en una Recomendación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre los principios directores relativos a los aspectos económicos de las políticas de medio ambiente a nivel internacional, de 26 de mayo de 1972: el contaminador debe soportar los costes de llevar a cabo las medidas decididas por los poderes públicos para alcanzar un estado aceptable del medio ambiente. En otras palabras, el coste de dichas medidas debería reflejarse en el coste de los bienes y servicios que causen la polución a través de su producción y/ consumo. Cada medida no será acompañada por subsidios que creen distorsiones significativas en el comercio internacional y en la inversión, la Unión Europea lo ha adoptado

como básico de su política ambiental<sup>20</sup>.

Hay que subrayar tal principio no otorga una licencia para contaminar, eso es, no permite que quien está dispuesto a pagar, puede contaminar. Lo que persigue es que los costos involucrados en la prevención y lucha contra la contaminación sean asumidos y solventados por quienes la producen, y no por la colectividad social en su conjunto. Lo de que “quien contamina, paga” se traduce, pues, en definitiva, en el deber de proceder a la internalización de las externalidades ambientales negativas (MOLINA, 2008, p. 188).

Un tributo ambiental configurado de acuerdo a las estrictas directrices del principio en cuestión puede provocar, debido a su complejidad, unas dificultades importantes de aplicación, principalmente la definición de su estructura subjetiva.

Luego, los sujetos del tributo ambiental deben ser aquella persona, física o jurídica que realiza la actividad degradante del medio natural<sup>21</sup>. El sujeto contaminante se identificaría, pues, con alguno de los siguientes agentes: productor de actividades contaminantes, consumidor de productos contaminantes, o titular de los bienes patrimoniales con los que se realiza la actividad contaminante (GUZMÁN, 2005, p. 537).

No obstante, esta configuración ideal del sujeto obligado tributario como el contaminador no siempre es posible técnicamente, ya que no siempre es factible articular como elemento objetivo del tributo una actividad degradante del medio. En este sentido, vamos a analizar tres situaciones que nos parecen pertinentes: en primer lugar, el gravamen de las producciones contaminantes que da lugar a productos no contaminantes; en segundo lugar, el gravamen de los consumos contaminantes cuyo origen se encuentra en un proceso productivo no contaminante; en tercer lugar,

---

20 El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su Título XX, “Medio Ambiente”, artículo 191.2: La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevando, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. En Brasil, el principio se encuentra positivado en el artículo 4º, VII, de la Ley de la Política Nacional del Medio Ambiente, Ley n. 6.938/1981: Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...]VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

21 No obstante, el contribuyente debe reunir la doble condición de realizador de la actividad contaminante y titular de la fuerza económica implicada en dicha actividad. De esta manera, si no concurren ambas cualidades en el obligado tributario no se puede hablar de contribuyente. Si un sujeto realiza una actividad contaminante, pero no la realiza en el marco de una actividad económica, o como consecuencia de la posesión de un patrimonio, no hay lugar a considerarlo contribuyente de un tributo ambiental.

el gravamen de aquellos casos en los que existe un proceso productivo contaminante que da lugar a productos contaminantes (MORO, 1998, p. 256-266).

En el primero de los casos, el contribuyente es el responsable de la actividad económica contaminante. Ahora bien, la cuestión que surge en estos casos se relaciona con la traslación económica de la cuota por parte del contribuyente de derecho a los consumidores de dichos productos conocidos como contribuyentes de hecho. Por tanto, así, tendrá que ser la propia respuesta del mercado la que conteste a la traslación económica del tributo por parte del productor. Esta respuesta deberá concretarse a través de una menor demanda de dichos productos. El “contribuyente de hecho” tendrá la oportunidad de enfrentarse a su responsabilidad indirecta en la existencia de dicha producción contaminante, aunque sea económicamente (AGUILAR, 1995, p. 17).

En segundo lugar, el gravamen del consumo de un producto (gasto) lo hace contaminante cuyo origen se encuentra en un proceso productivo no contaminante,. Consecuentemente, el contribuyente debería ser, en buena lógica, el consumidor final, ya que éste es el que realiza la operación degradante del medio, además de manifestar, aunque sea de forma indirecta, la fuerza económica gravada (GARCÍA, 1999, p. 174). No obstante, existe, generalmente, una imposibilidad técnica de configurar un tributo que grave directamente el consumo, ya que es muy difícil de identificar y controlar las situaciones gravadas, así como a sus realizadores. La clave para superar la disfunción producida es la técnica de la traslación jurídica de la cuota tributaria (AYALA, 1995, p. 95).

El tercero de los problemas planteados es el relativo al gravamen de las situaciones que impliquen una producción contaminante que de lugar a productos cuyo consumo sea degradante para el entorno. En una definición ideal el encargo fiscal debería recaer tanto sobre el productor como sobre el consumidor, ya que ambos son responsables de degradación ambiental. La clave está una vez más en la técnica de la traslación jurídica de la cuota tributaria. Sin embargo, esta articulación incurre en el problema: otorga al productor el derecho a la repercusión de la cuota. Éste quedaría liberado de la carga tributaria. Y esta situación no sólo produce un incumplimiento del principio de “quien contamina, paga”, sino de la expectativa incentivadora del tributo, respecto del comportamiento del productor.

Por tanto, la solución, a nuestro entender, se concreta en el

reconocimiento al productor como contribuyente de un derecho de traslación jurídica de la cuota, pero sólo parcial. De esta manera, la cuota tributaria se compartiría entre los dos provocadores de la contaminación (MORO, 1998, p. 273). Delante de tantas dificultades técnica-tributarias en la determinación del sujeto pasivo tributario, hay que tener en cuenta la advertencia de Molina (2008, p. 206): la verdadera reforma fiscal ecológica debe llevarse a cabo introduciendo el principio quien contamina paga en el sistema fiscal y no convirtiendo el ordenamiento tributario en una selva de impuestos indirectos.

### 3.6 Principio de prohibición del efecto confiscatorio de los tributos

Por medio del principio de no confiscación es posible valorar si la imposición de los bienes económicos del contribuyente es legítima o no, eso es, delimita el límite a la acción redistributiva del Estado. Un tributo, *per se*, no se identificará nunca con la institución de la confiscación en un sentido estricto, pero sí puede suceder que la carga tributaria, si el concurso de tributos sobre un mismo sujeto produce una carga tal que disminuya en cierta proporción su patrimonio, tenga efectos confiscatorios, que es, precisamente, aquello que pretende evitar la Constitución<sup>22</sup>.

Sin embargo, es sencillo determinar el límite superior de la confiscación, ya que será la totalidad del patrimonio afectado (ESPADAFOR, 2008, p. 33)<sup>23</sup>. Las dificultades surgen a la hora de fijar el límite inferior, esto es, el punto donde se empiezan a producir los efectos confiscatorios (GALCERÀ, 2010, p. 15)<sup>24</sup>.

El establecimiento de nuevos tributos ambientales puede afectar al máximo imponible del obligado tributario al suponer un incremento de la presión fiscal. Así las cosas, nos encontramos ante dos valores

22 El Supremo Tribunal Federal de Brasil entiende que: A caracterização do efeito confiscatório pres-supõe a análise de dados concretos e de peculiaridades de cada operação ou situação, tomando-se em conta custos, carga tributária global, margens de lucro e condições pontuais do mercado e de conjuntura social e econômica (...). O isolado aumento da alíquota do tributo é insuficiente para comprovar a absorção total ou demasiada do produto econômico da atividade privada, de modo a torná-la inviável ou excessivamente onerosa. RE 448.432-AgrR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20-4-2010, Segunda Turma, DJE de 28-5-2010.

23 Una primera aproximación a la determinación de los efectos confiscatorios nos permite afirmar que para que un impuesto (o una acumulación de impuestos sobre una misma renta) sea considerado constitucional, hay un límite, al menos, del 100%.

24 Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de junio de 1995 se hizo una aproximación en cuanto a dónde se encuentra la frontera o límite que la carga tributaria no debería traspasar. El Alto Tribunal alemán señaló que la imposición no puede incidir sobre la sustancia del patrimonio ni exceder de un límite situado aproximadamente en la mitad de los rendimientos.

constitucionales en conflicto: el principio de protección del medio ambiente versus el límite del alcance confiscatorio de las cargas tributarias.

El profesor Chico de la Cámara (2008, p. 180) propone que la solución de éste conflicto debe resolverse en base a un control de proporcionalidad<sup>25</sup>, el tributo ha de resultar idóneo, necesario y que sea proporcionado respecto al fin que se persigue (la protección ambiental). Así, no resulta idóneo aquel tributo cuya aspecto material del hecho imponible (contaminación ambiental) no guarde una relación directa con la base imponible y que, por su vez, se ajuste a signos externos de riqueza. La implementación de tributos ambientales resulta necesaria para corregir la contaminación ambiental, por lo que pueden aplicarse de una forma complementaria para alcanzar el resultado más óptimo e eficiente en la tutela ambiental. Y la proporcionalidad en su *stricto sensu* reclama que sea respetado los límites mínimos y máximos imposables que constituyen una garantía del derecho de propiedad privada.

### 3.7 Principio del preservador-receptor

Para guiar los instrumentos económicos y jurídicos a las conductas ambientalmente sostenible, se discute la recepción de un nuevo principio: Principio del preservador-receptor. Éste tiene como idea asignar una retribución a los que se esfuerzan por mejorar la calidad ambiental<sup>26</sup>.

El mencionado principio prioriza la protección ambiental por medio de sanciones positivas<sup>27</sup>, constituyendo en una importante medida

25 El Supremo Tribunal Federal de Brasil reconoce la utilidad del control de proporcionalidad como parámetro de evaluación de la actividad legislativa en la configuración de las normas tributarias: Tributaçã o e ofensa ao princípio da proporcionalidade. O Poder Público, especialmente em sede de tributaçã o, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. (ADI 2.551-MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-4-2003, Plenário, DJ de 20-4-2006.)

26 Con efecto, la Ley n. 12.727, de 17 de outubro de 2012 (Código Florestal de Brasil), incluyó dicho principio en su Artículo 1ºA, párrafo único, VI, Art. 1º-A. Parágrafo único. Tendo como objetivo o desenvolvimento sustentável, esta Lei atenderá aos seguintes princípios: [...]VI - criação e mobilização de incentivos econômicos para fomentar a preservação e a recuperação da vegetação nativa e para promover o desenvolvimento de atividades produtivas sustentáveis.

27 Acerca de las sanciones premiales Norberto Bobbio asevera: Las exigencias del Estado asistencial contemporáneo el Derecho no se limita ya a tutelar actos conformes a sus normas, sino que tiende a estimular actos innovadores y, por tanto, su función no es ya solamente negativas, que constituyen la técnica específica de la represión, se une un uso, no importa que sea todavía limitado, de sanciones



concienciación ambiental a través del estímulo económico (BOBBIO, 1990, p. 372).

En la política fiscal ambiental, el encaje del principio preservador-receptor es imperativo en la búsqueda del encorajamiento de la sociedad, bien como de las entidades públicas, la adopción de comportamientos sostenibles a través de recompensas directas (beneficios fiscales) o indirectas de carácter fiscal<sup>28</sup>.

Entre la modalidad de incentivo indirecto, la experiencia brasileña, tenemos la implementación del llamado Impuesto sobre Circulación de Mercancías y Servicios Ecológico (ICMS Ecológico)<sup>29</sup>.

El ICMS es un tributo recaudado por los Estados (art. 155, II, de la Constitución Federal-CF), que redistribuye 25% de esa recaudación a los municipios, según los criterios establecidos en el art. 158, IV e párrafo único, I y II, de la CF. Es en el apartado II del párrafo único del art. 158 que reside la fundamentación para la creación del ICMS ecológico, en la medida que el referido dispositivo permite que los Estados redistribuyen hasta un cuarto del porcentaje de 25% de los valores destinados a los municipios de acuerdo con los criterios que definidos por la ley del Estado otorgante. La institución del ICMS Ecológico colima dos finalidades conforme afirma Cumaru (2008, p. 134):

1. Estimular a adoção pelos Municípios de iniciativas de conservação ambiental e desenvolvimento sustentável, seja pela criação de unidades de conservação, ou pela

positivas que dan vida a una técnica de estimulación y de populsión de actos considerados socialmente útiles, más que a la represión de actos considerados socialmente nocivos.

28 En el Código Florestal brasileño prever: Art. 41. É o Poder Executivo federal autorizado a instituir, sem prejuízo do cumprimento da legislação ambiental, programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, observados sempre os critérios de progressividade, abrangendo as seguintes categorias e linhas de ação: [...] ; II - compensação pelas medidas de conservação ambiental necessárias para o cumprimento dos objetivos desta Lei, utilizando-se dos seguintes instrumentos, dentre outros: [...] ;c) dedução das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito da base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, gerando créditos tributários; [...] ;f) isenção de impostos para os principais insumos e equipamentos, tais como: fios de arame, postes de madeira tratada, bombas d'água, trado de perfuração de solo, dentre outros utilizados para os processos de recuperação e manutenção das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito; § 1º Para financiar as atividades necessárias à regularização ambiental das propriedades rurais, o programa poderá prever: [...] ;II - dedução da base de cálculo do imposto de renda do proprietário ou possuidor de imóvel rural, pessoa física ou jurídica, de parte dos gastos efetuados com a recomposição das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito cujo desmatamento seja anterior a 22 de julho de 2008; § 2º O programa previsto no caput poderá, ainda, estabelecer diferenciação tributária para empresas que industrializem ou comercializem produtos originários de propriedades ou posses rurais que cumpram os padrões e limites estabelecidos nos arts. 4º, 6º, 11 e 12 desta Lei, ou que estejam em processo de cumpri-los.

29 Varios Estados ya establecieron ese incentivo, como es el caso de los Estados del Paraná (Ley n° 59/91), São Paulo (Ley n° 8.510/93), Minas Gerais (Ley n° 13.803/00), Rondônia (Ley n° 147/96), Rio Grande do Sul (Ley n.º 11.038/97), entre otros.



manutenção de áreas federais ou estaduais, seja pela incorporação de propostas que promovam o equilíbrio ecológico, a equidade social e o desenvolvimento econômico;

2. Recompensar os Municípios que possuem áreas protegidas em seus territórios e que, dessa forma, estão impedidos de destinar a área para atividades produtivas tradicionais que poderiam gerar uma maior arrecadação e consequente participação na repartição do ICMS.

Por fin, una mirada sistémica es necesaria para observar de modo más apurada la cuestión, teniendo como objetivo la debida adecuación del instrumento redistributivo fiscal a la realidad ambiental. La creación de normas por parte de los entes tributantes, así como el comportamiento de los agentes económicos y de la sociedad son los elementos centrales para promover procesos ambientales sostenibles.

## **CONCLUSIONES**

La preservación del medio constituye un derecho fundamental que debe materializarse en una política de prevención y corrección de la degradación ambiental y basarse en la solidaridad colectiva. Desde esta perspectiva, el deber de contribuir, cuyo fundamento es el principio de solidaridad, se presenta como un instrumento apto de preservación del medio.

En la configuración de los tributos extrafiscales deben consultar la capacidad contributiva, entendida en su acepción genérica de justicia tributaria, además, el tributo extrafiscal debe ser razonable, proporcional y necesario, en respeto a la prohibición del efecto confiscatorio que la imposición puede ocasionar.

Es importante añadir que el principio quien contamina, paga se funda en razones de equidad. Es justo que aquellos que alejan a la sociedad de los objetivos constitucionales propuestos contribuyan a compensar dichos costes originados a la misma.

Así, crear instituciones jurídicas tributarias que promuevan las finalidades del Estado social de derecho es tarea prioritaria, puesto que los sistemas tributarios deben ser coherentes con los objetivos comunes y con el interés general. En este sentido, la fiscalidad ambiental constituye una de las más relevantes expresiones del Estado de Derecho contemporáneo.

## **REFERENCIAS**

AGUILAR, Ángel Baena. Protección impositiva del medio natural. *Noticias de la Unión Europea*. La Rioja, n. 122, p. 11-24, 1995.

AGUILAR, Ángel Baena. La protección tributaria del medio ambiente en España. In *La protección fiscal del medio ambiente: aspectos económicos y jurídicos*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

ALONSO, Manuel García Pelayo. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

ÁLVAREZ, Luis Ortega. Concepto de medio ambiente. In *AAVV Tratado de derecho ambiental*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

AVILES, Ángel Aguaito; GALLARDO, Esther Bueno. Observaciones sobre el alcance de los principios constitucionales del art. 31.1. CE. In *AAVV. Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*. Madrid: Dykinson, 2007.

ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço... mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In *AAVV. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ARIÑO, Omar Bouazza. Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 160, p. 167-202, 2003.

AYALA, José Luis Pérez de. La traslación jurídica de la cuota en los impuestos ambientales. *Noticias de la Unión Europea*. La Rioja, n. 122, Año XI, p. 93-100, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990.

BUJANDA, Fernando Saniz de. *Hacienda y derecho: estudios de derecho financiero*. V. 3. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

CALVACANTE, Denise Lucena. Avanços de tributação ambiental no Brasil. In *Políticas de protección ambiental en el siglo XXI: medidas tributarias, contaminación ambiental y empresa*. Madrid: J. M. Bosch Editor, 2013.

CÁMARA, Pablo Chico de la. La regla de no confiscatoriedad como límite a la tributación medio ambiental. In AAVV. *Tratado de tributación medioambiental*. Vol. I. Navarra: Aranzadi, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COLLADO, P. Escribano; GONZALEZ, J. I. Lopez. El medio ambiente como función administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*. La Rioja, n. 26, p. 367-386, 1980.

COMANDUCCI, Paolo. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

CUENCA, Encarnación Carmona. El principio de igualdad material en la jurisprudencia el tribunal constitucional. *Revista de Estudios Políticos*. La Rioja, n. 84, p. 265-286, 1994.

CUMARU, W. F. T. ICMS Sócio-Ambiental: Um instrumento econômico de incentivo a preservação do meio ambiente urbano. In AAVV *Mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008.

PIQUERAS, Francisco Delgado. Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente. *Revista Española de Derecho Constitucional*. La Rioja, n. 38, p. 49-80, 1993.

ESEVERRI, Ernesto. *Derecho tributario*. Parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

ESPADAFOR, C. M Lopez. *La no confiscatoriedad en la imposición sobre el consumo*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2008.

FERNÁNDEZ, María Jesús García Torres. *Análisis de la protección tributaria del medio ambiente*. Navarra: Aranzadi, 2011.

GALCERÀ, Irene Araguàs. El principio de no confiscatoriedad en la constitución española, *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, n. 3, p. 9-31, 2010.

GARCÍA, Antonio Vaquera. *Fiscalidad y medio ambiente*. Valladolid: Lex Nova, 1999.

GIARDINA, Emilio: *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*. Milano: A. Giuffrè, 1961.

GONZALEZ, Clemente. Checa: El impuesto sobre tierras infrutilizadas de la comunidad autónoma andaluza. *Revista Impuestos*. Madrid, n. 96671, p. 661-683, 1987.

GONZÁLEZ, Miguel Buñuel. La fiscalidad como instrumento económico de la política medioambiental. In *AAVV Tratado de tributación medioambiental*. Vol. II. Navarra: Aranzadi, 2008.

GUZMÁN, Tomás J. López; LARA DE VICENTE, Fernando. Efectos distributivos de los tributos ecológicos. *Economía, Sociedad y Territorio*> Córdoba, v. V. n. 19, p. 535-553, 2005.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Curso de derecho financiero español*. V.1, 24. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

LÓPEZ, Francisco Escribano. El principio de reserva de ley en la tributación medioambiental. *AAVV. Tratado de tributación medioambiental*. Vol. I. Navarra: Aranzadi, 2008.

MADRIGAL, Francisco Javier Alonso. *Legalidad de la infracción tributaria: reserva de ley y tipicidad en el derecho tributario sancionador*. Madrid: Dykinson, 1998.

MAGALHÃES, Vladimir Garcia. Competência concorrente em matéria ambiental: proteção ao meio ambiente e justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, v. 2, p. 139-163, 2003.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces Barba. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Guadiana de Publicaciones, 1973.

MIRRLEES, James A. *Diseño de un sistema tributario óptimo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2013.

MOLINA, Pedro M. Herrera. El principio quien contamina paga. In *AAVV Tratado de tributación medioambiental*. Vol. I. Navarra: Aranzadi, 2008.

MORALES, Ricardo Martín. Constitución y medio ambiente. In *AAVV Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

MORO, Cristóbal J. Borrero. *La tributación ambiental en España*. Madrid: Tecnos, 1998.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1997.

ORTEGA, Rafael Calvo. *Curso de Derecho Financiero*. 17. ed. Madrid: Aranzadi, 2013.

ORTEGA, Rafael Calvo. Tributación medioambiental y principio de justicia tributaria. In *AAVV Tratado de tributación medioambiental*. Vol. I. Navarra: Aranzadi, 2008.

PERALES, Carlos de Miguel. *Derecho español del medio ambiente*. Navarra: Civitas, 2009.

PICHOT, Françoise. *La fiscalidad y el medio ambiente: políticas complementarias*. Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Madrid: Mundi-Prensa, 1994.

PRIETO, Luis María Carzola. Los principios constitucional-financieros en la tributación ambiental. In *AAVV Tratado de tributación medioambiental*. Vol. I. Navarra: Aranzadi, 2008.

RODRÍGUEZ, Andrés Betancor. *Derecho ambiental*. Madrid: La Ley, 2014.

ROJO, Margarita Beladiez. *Los principios jurídicos*. Navarra: Civitas, 2010.

ROJO, Fernando Pérez. *Derecho financiero y tributario*. 22. ed. Navarra: Civitas, 2012.

ROSEMBUJ, Tulio. *Los tributos y la protección del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. In *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIERRA, María Teresa Mata. *La reforma fiscal verde*. Madrid: Lex Nova, 2015.

STERLING, Ana Yabar. Justificación teórico-económica de la aplicación de impuestos para luchar contra la contaminación. In *La protección fiscal del medio ambiente: aspectos económicos y jurídicos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *Sentencia número 37/1987, de 26 de marzo*. Disponible em: <[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-1987-9279](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1987-9279)> Acceso em: 16 dez. 2016.

VALCÁRCEL, Ernesto Lejeune. Principio constitucional de igualdad tributaria. *AAVV Seis estudios sobre derecho constitucional e internacional tributario*. Madrid: Editorial de derecho financiero, 1980.

VIDA, Maria Angeles Martín. *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de la exclusión*. Granada: Universidad de Granada, 2004.

VILLAREAL, Alberto Muñoz. Principios rectores de los tributos medioambientales. In *Tributación ambiental y haciendas locales*. Navarra: Aranzadi-Civitas, 2013.

YARZA, Fernando Simón. *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Artigo recebido em: 19/02/2017.

Artigo aceito em: 01/08/2017.

**Como citar este artigo (ABNT):**

SANTOS FILHO, Itamar da Silva; FERREIRA, Paulo Rangel Araújo. Principios fundamentales de la tributación ambiental. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 125-151, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1011>>. Acesso em: dia mês. ano.





# A INDISPONIBILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

**Renato Braz Mehanna Khamis**

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).  
Professor de Graduação em Direito da Universidade Santa Cecília (UNISANTA).  
Professor de Especialização em Direito Constitucional da Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).  
E-mail: [renato@mehanna.adv.br](mailto:renato@mehanna.adv.br)

## RESUMO

Trata-se de artigo cujo objeto consiste em análise sobre a indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente. Visando a alcançar o objetivo proposto, o trabalho foi dividido em quatro partes: (i) na primeira parte, faz-se uma análise ontológica dos direitos para, em seguida, (ii) estudar-se a indisponibilidade e a inviolabilidade dos direitos sob a perspectiva da teoria da norma jurídica. Encerrada essa etapa, (iii) passar-se-á a verificação da fundamentalidade do direito à proteção ao meio ambiente e, em sequência, (iv) será averiguada a indisponibilidade do referido direito; mas isso respeitando-se as peculiaridades das normas jurídicas consagradoras de direitos fundamentais transindividuais. No que toca à metodologia empregada, será utilizado o método hipotético-dedutivo em pesquisa cujo objetivo é explicativo, pois busca identificar os fatores que justificam a tese objeto deste estudo. Para atingir a finalidade almejada, adota-se o procedimento bibliográfico, já que a pesquisa está amparada por referências normativas e teóricas publicadas em meio escrito e eletrônico.

**Palavras-chave:** Proteção ao meio ambiente; Direitos Fundamentais; Inviolabilidade e Indisponibilidade de direitos; Direitos Transindividuais; Ontologia dos direitos.

*THE UNAVAILABILITY OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ENVIRONMENTAL PROTECTION*

**ABSTRACT**

*This is an article whose object is to analyze the unavailability of the fundamental right to the protection of the environment. In order to reach the proposed objective, the work is divided into four parts: (i) the first part start with an ontological analysis of rights and then (ii) study the unavailability and inviolability of rights from the perspective of theory of the legal norms. Once this stage is over, (iii) will be verified the fundamental right to the protection of the environment and, in sequence, (iv) will be investigated the unavailability of this right, but this respecting the peculiarities of the legal norms that promotes transindividual fundamental rights. In turn, regarding the methodology used, the hypothetical-deductive method will be used in research whose objective is explanatory, since it seeks to identify the factors that justify the theses object of this study. In order to achieve the expected purpose, is adopted the bibliographic procedure, once it is supported by normative and theoretical references published in written and electronic media.*

**Keywords:** *Environmental protection; Fundamental rights; Inviolability and unavailability of rights; Transindividual rights; Ontology of rights.*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente.

O problema é que, numa época em que se questiona a proliferação de direitos fundamentais, a justificativa do enquadramento da proteção do meio ambiente como direito fundamental precisa - como em verdade precisaria, mesmo na ausência de qualquer questionamento -, de um substrato epistemológico robusto, bem como de uma estruturação metodológica fortemente embasada e totalmente coerente.

Mas não apenas isso. Atualmente está em voga a discussão sobre a disponibilidade dos direitos fundamentais (DIAS, p. 151-177). Portanto, o que antes era considerado um dogma sagrado pela doutrina e pela jurisprudência, agora vem sendo questionado.

Dessa forma, percebe-se a extrema importância científica da investigação sobre a indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente, haja vista que essa investigação congrega dois objetivos essenciais: o primeiro deles consiste na verificação da fundamentalidade do direito à proteção do meio ambiente, esculpido no art. 225, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88; já o segundo objetivo diz respeito à análise da indisponibilidade do mencionado direito.

Visando a atingir esse duplo objetivo de forma metodologicamente estruturada e coerente, este trabalho iniciará pelo estudo *dos direitos*, o que será realizado por meio de uma abordagem ontológica da norma jurídica para, então buscar, dentro de uma perspectiva teórico-normativa, o significado jurídico de inviolabilidade e indisponibilidade de *direitos*. Somente quando estabelecidas essas premissas metodológicas essenciais é que será feita a análise epistemológica da fundamentalidade do direito à proteção do meio ambiente; e constatando-se que se trata de direito fundamental, verificar-se-á se se trata de direito disponível ou indisponível. Para tanto, este estudo utilizará o método hipotético-dedutivo, notadamente por meio da análise de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais e, especialmente, de pesquisa doutrinária.

## 1 A ONTOLOGIA DOS DIREITOS

O primeiro passo para a análise da disponibilidade dos direitos

fundamentais consiste em estabelecer as premissas básicas sobre as quais será construída esta investigação científica. Desta forma, como o objeto do presente estudo são os direitos fundamentais ambientais, é preciso, antes de mais nada, estabelecer o que são direitos.

No que toca à acepção filológica da palavra *direito*, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p. 32-33) alerta que, ao lado da expressão latina clássica *jus*, começou-se a utilizar também a palavra *derectum*, ambas significando direito. No entanto, durante certo tempo, “as fórmulas *derectum* e *directum* passam a sobrepor-se ao uso de *jus*”, sendo que, “depois do século IX, finalmente, *derectum* é a palavra consagrada, sendo usada para indicar o ordenamento jurídico ou uma norma jurídica em geral”. (grifos no original)

Em outra perspectiva, Goffredo Telles Jr. (2008, p. 375) esclarece que a palavra *direito*, existente na língua portuguesa, provém do adjetivo latino *directus*, o qual, por seu turno, “designa a qualidade de ser conforme a linha reta; de achar-se disposto de modo a construir a linha mais curta entre dois pontos; enfim, de encontrar-se alinhado em reta”. Essa ideia de retidão passa a assumir certa conotação moral e, portanto, pressupõe aceitação e admiração social. Daí a razão do uso de expressões como ser o “braço direito” de alguém.

O problema é que, como alerta Maria Helena Diniz (2009, p. 241), a definição essencial do direito é uma questão de natureza supracientífica, que constitui objeto de análise da ontologia jurídica. Trata-se de investigação extremamente dificultosa, haja vista a pluralidade de sentidos atribuídos à palavra *direito*.

Nesse contexto, ilustra bem essa pluralidade o conceito de *direito* confessadamente amplo adotado por Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 290):

Adoto aqui uma concepção ampla de direito: o direito é um corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força.

Em que pese ser o conceito supracitado proveniente de uma visão muito particular, própria da sociologia jurídica, o ponto que se busca ressaltar é justamente que a palavra *direito* pode apresentar diversos significados. Algumas vezes, significa norma jurídica, conforme o

mandamento extraído de determinado enunciado normativo. Em outras, significa a possibilidade de contrapor-se a uma certa conduta ou ameaça que ofende interesses protegidos juridicamente, os quais pertencem ao agente. Por fim, há ainda o significado ético da palavra *direito*, que se alinha à ideia de justiça. Portanto, como afirma Goffredo Telles Jr. (2008, p. 373-374), a palavra *direito* designa três realidades diferentes, que mantêm uma relação de interdependência. “A primeira realidade, chamada *Direito é norma* (é o Direito Objetivo). A segunda é *permissão* (é o Direito Subjetivo). E a terceira é *qualidade* (é o *justo*, ou a qualidade do *ato justo*)” (grifo no original).

Conforme a lição de Godofredo Telles Jr. (2008), essa pluralidade de significados da palavra *direito* se deve ao fato de, sob o prisma da linguagem, existirem duas classes de palavras: as unívocas e as plurívocas. As primeiras são aquelas que têm um único sentido, tais como as palavras livro e mesa. Já as últimas têm mais de um sentido, sendo subdivididas em palavras equívocas e palavras analógicas. Palavras equívocas são aquelas que têm sentidos diversos e desconexos, de forma que os seus múltiplos sentidos não se relacionam uns com os outros, como ocorre com as palavras manga (fruta ou cobertura dos braços em uma blusa ou casaco) e abacaxi (fruta ou problema). De outro lado, as palavras analógicas também têm sentidos diversos - haja vista serem plurívocas -, mas, ao contrário das equívocas, seus sentidos se relacionam entre si. É o que ocorre, por exemplo, com a palavra ciência (conhecimento ou sistema de conhecimentos articulados sobre determinada matéria). Isto posto, a palavra *direito* é plurívoca - pois tem mais de um significado - da espécie analógica, na medida em que apresenta três sentidos distintos, que se implicam mutuamente. Ademais, uma vez constatada a existência desses três significados da palavra *direito*, urge analisar cada um deles de forma mais detida.

O primeiro desses significados diz respeito à noção de direito como direito objetivo. Segundo Goffredo Telles Jr. (2006, p. 324) “o conjunto de todos os imperativos autorizantes - o conjunto de todas as normas jurídicas ou norma de Direito - forma o que se chama Direito Objetivo”. Trata-se, portanto, de conceito muito próximo do conceito de Direito Positivo, embora com ele não se confunda. Isto porque este último é formado por todas as normas jurídicas emanadas do Estado, isto é, leis, decretos, tratados internacionais etc. - mas apenas por elas -, enquanto o primeiro contempla, além dessas, também as normas provenientes da

autonomia da vontade, tais como as promessas e as cláusulas contratuais. Daí o autor supramencionado poder concluir que “todo o Direito Positivo se inclui no Direito Objetivo. Mas uma grande parte do Direito Objetivo não é Direito Positivo” (TELLES JR., 2006, p. 325).

No que toca ao segundo significado, qual seja, ao direito subjetivo, é possível concluir que são as permissões dadas por meio de normas jurídicas. Isto significa, pois, que o direito subjetivo opõe-se ao direito objetivo, mas, simultaneamente, nele se ampara, quer dizer, é a sua contraface. Afinal, se por um lado, a norma jurídica cria direito, por outro, permite o exercício, por seus destinatários, daquele direito por ela previsto. No entanto, como ressalta Goffredo Telles Jr. (2006, p. 329), o direito subjetivo não é mera faculdade do agente, haja vista que faculdade é apenas a aptidão para produzir um ato e, por este motivo, precede o próprio ato. Dessa forma, pode-se concluir que “as permissões para o uso de faculdades humanas, quando concedidas por meio de normas jurídicas, constituem, precisamente, os direitos subjetivos” (TELLES JR., 2006, p. 332). Portanto, direito subjetivo é a permissão para o uso de determinada faculdade, e não a própria faculdade. Maria Helena Diniz (2009, p. 247), por sua vez, distingue duas espécies de direito subjetivo: o comum da existência e o de defender direitos. A primeira espécie consiste na permissão de fazer ou de não fazer determinada coisa, ou mesmo de ter ou não ter algo, amparada por preceito normativo. Já a segunda espécie diz respeito à proteção dos direitos comuns da existência. Em outras palavras, é a autorização de assegurar o uso do direito subjetivo quando diante de violação - ou mesmo de ameaça de violação -, permitindo-se a resistência contra a ilegalidade para fazer cessar o ato ilícito. Nisto consistem as duas espécies de direito subjetivo.

Por seu turno, o terceiro significado da palavra *direito* carrega o sentido de qualidade do justo. Note-se que a tarefa de definir o justo é uma das mais árduas com a qual a ciência jurídica já se deparou, sendo esse tema mais comumente debatido no âmbito da Ética e da Filosofia do Direito. Contudo, apesar da questão de a justiça dever ser analisada com vistas às questões de ordem ética e psicossocial, na abordagem transdisciplinar própria de uma teoria da justiça, este trabalho ater-se-á, por ora, ao seu aspecto mais substancialmente jurídico-normativo, que repousa na noção de justiça retributiva, que é justamente aquele significado mais arraigado à palavra *direito*. Nessa perspectiva, justiça consiste na retribuição equivalente ao ato que foi praticado. Quer dizer, pois, que a

noção de justiça implica uma relação bilateral na medida em que a ideia de retribuição equivalente pressupõe a prática - antes da retribuição - de uma primeira ação. Tem-se, portanto, primeiramente, uma determinada ação de certo agente e, posteriormente, uma reação equivalente praticada por outro. Entretanto, essa equivalência própria da justiça não implica uma igualdade salomônica, do tipo olho por olho, dente por dente. Pelo contrário, admite a retribuição realizada por meio diverso da ação originalmente empregada, mas desde que lhe seja proporcional. Nesse ponto, vale lembrar a ressalva feita por Goffredo Telles Jr. (2008, p. 357):

O ‘*equivalente*’ da definição da justiça não implica uma igualdade *qualquer*. O equivalente (*equi* + *valente*) é algo que tem valor igual ou proporcional ao *valor* de outra coisa. Justiça, pois, consiste na retribuição a alguém de algo *de valor igual* (ou *proporcional*) ao *valor* do que alguém deu ou fez. Consiste numa efetivação da equivalência (grifo no original).

Nesses termos, pode-se concluir que a palavra direito, quando concebida em sua acepção de justiça, refere-se à retribuição equivalente a determinado ato praticado, ou seja, diz respeito à uma conduta reativa (reação) proporcional à ação originalmente intentada.

São esses, em suma, os significados da palavra *direito* que podem ser obtidos dentro de uma perspectiva ontológica do direito. Todavia, conforme o tipo de investigação a ser realizada, o jurista utilizará um deles, podendo, inclusive, valer-se de mais de um. Como explica Maria Helena Diniz (2009, p. 242), no que toca ao estudo do direito, “a escolha do prisma em que se vai conhecê-lo depende do sistema de referência do jurista, pressupondo uma reflexão sobre os fins do ordenamento jurídico”.

Ocorre, no entanto, que o enfoque proposto neste item I consiste na ontologia *dos direitos* dentro da ciência jurídica, e não *do direito* como complexo de conhecimentos jurídicos. Esse fato, por si só, já exclui dessa investigação - ao menos nesta etapa de abordagem ontológica - a acepção de direito como justiça, na medida em que ela integra o campo da zetética jurídica,<sup>1</sup> ou seja, sua abordagem não é exclusivamente jurídica, em que pese o fenômeno jurídico ocupar um determinado espaço em suas indagações

1 Sobre a zetética, Tércio Sampaio Ferraz Jr. pontua: “A zetética jurídica, nas mais diferentes discriminações, corresponde, como vimos às disciplinas que, tendo por objeto não apenas o direito, podem, entretanto, tomá-lo como um dos seus objetivos precípuos. Daí a nomenclatura das disciplinas Filosofia do Direito, Lógica Jurídica, Sociologia do Direito, História do Direito etc. O jurista, em geral, se ocupa complementarmente delas. Elas são tidas como auxiliares da ciência jurídica stricto sensu” (1994, p. 47).

na medida em que apresenta “abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções” (FERRAZ JR., 1994, p. 44).

Nesse ponto da investigação, o que interessa é uma abordagem sob os parâmetros da dogmática jurídica,<sup>2</sup> vale dizer, que aceite as premissas dadas pelo ordenamento jurídico e, a partir delas, apresente a conclusão lógica decorrente do estudo realizado. Contudo, nessa perspectiva própria da dogmática jurídica enquadram-se tanto o direito objetivo quanto o direito subjetivo. Mais do que isso, ambos estão em estrita consonância com a ontologia *dos direitos*, na medida em que ter direitos significa ser detentor de um direito subjetivo previsto em uma norma dada pelo direito objetivo. Portanto, é a partir deles que serão analisados os fenômenos jurídicos da violação e da disposição *dos direitos*.

## 2 INVOLABILIDADE E INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS

A partir do estudo realizado no item anterior, é possível afirmar que a todo direito objetivo corresponde um direito subjetivo, preservada, no entanto, a autonomia de cada um deles. Tanto é assim que Maria Helena Diniz (2009, p. 250) afirma que “nítida é a correlação existente entre o direito objetivo e o direito subjetivo. Apesar de intimamente ligados, eles são inconfundíveis”.

Ocorre que essa relação implicacional existente entre direito objetivo e direito subjetivo repousa sobre elementos de cunho essencialmente jurídico-normativo. Por causa disso, faz-se necessário adentrar a gênese da norma jurídica para que se possa, então, compreender o conteúdo jurídico e, conseqüentemente, a extensão das expressões *inviolabilidade e indisponibilidade dos direitos*.

A concepção da ideia de ter *direitos* reside em plano diferente daquele em que se encontra o sentimento de justiça. Em que pese ambos - a ideia de direito e o sentimento de justiça - serem experimentados por determinado sujeito (de direito), a primeira encontra amparo científico na dogmática jurídica, enquanto o segundo se apoia cientificamente na zetética jurídica. Afinal, ter um direito significa estar amparado por uma norma jurídica que estabelece um dever específico de ação ou omissão contraposto

<sup>2</sup> A dogmática é explicada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. da seguinte forma: “Ela explica que os juristas, em termos de um estudo estrito do direito, procurem sempre compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente. Esta ordem que lhes aparece como um dado, que eles aceitam e não negam, é o ponto de partida inelutável de qualquer investigação. Ela constitui uma espécie de limitação, dentro da qual eles podem explorar as diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis” (1994, p. 48).



a outrem, o que acarreta uma situação de proteção jurídico-normativa a uma determinada faculdade normativamente conferida a um dado sujeito. Por outro lado, o sentimento de justiça consiste no reconhecimento, por parte do sujeito, de que determinada norma-jurídica - seja legal ou jurisprudencial - não se encontra amparada pelo arcabouço ético vigente naquela sociedade, e/ou contraria os costumes e práticas sociais comuns, transmitindo, assim, a sensação de que a prescrição normativa apresenta conteúdo equivocado, sendo incapaz de atingir os objetivos de retribuição proporcional à conduta inicial praticada e de pacificação social.

Em se tratando *dos direitos* - que, por ora, é o que interessa ao trabalho - é possível constatar que eles se encontram amparados em normas jurídicas cuja linguagem é prescritiva - não descritiva -; e que se encontram estruturados sob fórmulas lógicas, compostas por uma relação implicacional entre antecedente e conseqüente, as quais utilizam o modal deontico “dever-ser”. Conforme os ensinamentos de Lourival Vilanova (2005, p. 106), ocorrendo um fato (F), previsto em determinada proposição (p), um sujeito estará em relação deontica com outro, devendo agir de acordo com a forma prescrita (q). Se realizada pelo sujeito uma conduta oposta àquela estabelecida como deonticamente devida (não-q), será, então, estabelecida uma outra relação entre os sujeitos envolvidos (r). Dessa forma, a primeira situação é descrita pela fórmula “ $p \rightarrow q$ ”, enquanto a segunda seria “ $\text{não-}q \rightarrow r$ ”. Mas é preciso atentar para o fato de que é justamente o modal deontico “dever-ser” que cria a situação implicacional existente entre antecedente e conseqüente, permitindo que a norma jurídica prescreva, e não somente descreva. Nesse ponto, são claras as palavras do autor supracitado (VILANOVA, 2005, p. 106):

Sem o modal deontico (‘dever-ser’, ‘é juridicamente válido’), prefixo à proposição implicacional, ‘q’ não seria implicado por ‘p’, nem ‘r’ seria implicado por ‘não-q’. Nisso difere a proposição normativa da proposição cujo sentido objetivo é a lei natural.

A partir da constatação lógico-estrutural apresentada, torna-se possível perceber que o modal deontico “dever-ser” gera uma relação implicacional entre antecedente e conseqüente, e, com isso, cria uma estrutura que contempla, simultaneamente, direitos e deveres. Afinal, de sua forma de estruturação proposicional - que é, ao mesmo tempo, prescritiva e deontica - abstrai-se que a todo direito corresponde um dever - não importa se de ação ou de abstenção -, o que faz com que a própria

realidade normativa *dos direitos* seja dicotômica.

Essa dicotomia inerente à realidade normativa *dos direitos* acaba se estendendo à busca pelo sentido dessa expressão, a ponto de só ser possível compreender o real significado *dos direitos (ego)* mediante análise do seu *alter*, isto é, dos deveres que a eles se contrapõem. Essa dualidade *ego/alter*, necessária para a busca do significado *dos direitos*, deve-se ao que Niklas Luhmann (2010, p. 244) define como dimensão social para a aferição do sentido. Isto porque o referido autor afirma que, sob a ótica sistêmica, toda a experiência de sentido pode ser imediatamente decomposta em o que é atual e aquilo que é possível. Contudo, além dessa diferença fundamental, Luhmann (2010) afirma que existem outras três dimensões básicas dentro das quais o sentido pode ser decomposto: a objetiva, a temporal e a social. A primeira dimensão é analisada sob a perspectiva dentro/fora, ou seja, é possível a indagação sobre a composição das coisas, especificando-se seus detalhes (dentro), e volta-se também para fora do objeto, buscando-se classificá-lo e/ou localizá-lo espacialmente. Já a segunda dimensão se pauta na distinção passado/futuro, valendo-se da alocação do objeto no tempo para buscar seu sentido. Por fim, a última dimensão baliza-se pelos conceitos *ego/alter*, que se constituem em horizontes de sentido. Nesses termos, “a abordagem do outro não é obtida pela análise do igual; mas só ocorre em um horizonte dual de observação, no qual o eu considera o que o *alter* deve fazer por mim” (LUHMANN, 2010, p. 246).

A partir da análise das dimensões em que pode ser decomposto o sentido, fica fácil perceber que os enfoques atual/possível, dentro/fora e passado/futuro não auxiliam na definição de sentido *dos direitos* e, conseqüentemente, também não terão valia para a compreensão das expressões indisponibilidade e inviolabilidade de direitos - em que pese possam ser úteis para a aferição de outros aspectos jurídicos, tais como legalidade (dentro/fora), legitimidade (atual/possível) e contemporaneidade (passado/futuro). Por outro lado, a dimensão social composta pelos conceitos de *ego* e *alter* apresenta-se como o norte a ser seguido para a identificação da solução da questão proposta, porque comporta a dicotomia direito e dever e, ao mesmo tempo, contempla a relação implicacional existente entre direito objetivo e direito subjetivo, as quais caminham lado a lado.

Essa dicotomia própria dos direitos foi muito bem captada por Hans Kelsen (1998, p. 140-141). Ele afirma que, dentro da ciência do Direito, o dever jurídico contrapõe-se ao direito (subjetivo). A questão é que, segundo o autor, o direito subjetivo ocupa uma posição tão destacada

que o dever quase desaparece por detrás dele. Tanto é assim que, em diversos idiomas, o direito é designado pela mesma expressão que nomeia o sistema de normas que forma a ordem jurídica, tais como *Recht* em alemão e *droit* em francês. O mesmo ocorre com a língua portuguesa, que utiliza a expressão *direito*. É justamente por causa dessa semelhança de nomenclatura que o jurista deve atentar à distinção de dois fenômenos jurídicos distintos, mas intimamente ligados: o direito subjetivo e o direito objetivo. Note-se que a confusão existente entre eles - decorrente da linguagem - encontra-se como regra nos países de tradição jurídica romano-germânica, haja vista que, nos países cujo direito tem matriz anglo-saxã, como a Inglaterra, o direito subjetivo é designado como *right*, e o direito objetivo é chamado de *law*.

Não obstante a possível confusão linguística que o uso da mesma expressão que designa o sistema normativo pode acarretar aos direitos subjetivo e objetivo - especialmente ao primeiro -, Hans Kelsen destaca que o dever antecede o direito (subjetivo), na medida em que seu dever decorre diretamente da norma que prescreve determinada conduta (direito objetivo) e, simultaneamente, estabelece a sanção a ser aplicada em caso de descumprimento. Nesse sentido, vale atentar às palavras do próprio autor (KELSEN, 1998, p. 143):

Quer dizer: a conduta do indivíduo em face do qual o dever existe, correlativa da conduta devida, está já conotada na conduta que forma o conteúdo do dever. Se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como 'direito', este direito é apenas um reflexo daquele dever.

Em que pese a discordância com a superioridade ontológica do dever sugerida por Hans Kelsen, é preciso ressaltar a lucidez com que ele resgata a noção de dever inerente *aos direitos*. Afinal, a contraface *dos direitos* são os deveres que eles impingem, pois um direito que não implica um dever deixa de adequar-se à estrutura lógico-formal própria dos enunciados jurídicos na medida em que o dever correspondente a um direito é uma decorrência do emprego do modal deôntico "dever-ser", que é inerente à proposição lógica - formulada em linguagem prescritiva - de uma norma jurídica. Sem dever, não há direito, pois o direito de um implica, necessariamente, o dever de outrem, assim como o dever de um precisa decorrer do direito de outrem. Isto posto, um direito sem dever correspondente configura mero anseio, pura expectativa do agente, enquanto

um dever que não decorre de um direito caracteriza mera obrigação moral, desprovido de obrigatoriedade e desprovido de previsão de sanção - que não a mera possibilidade de desaprovação social. Portanto, sem a utilização do modal deôntico “dever-ser”, estar-se-á diante de uma proposição lógica descritiva - e não mais prescritiva -, própria das ciências naturais, não havendo, pois, que se falar em deveres, nem tampouco em direitos.

Pois bem, se direitos e deveres estão intimamente ligados - inclusive sob o prisma da estrutura proposicional lógico-jurídica -, por consequência, direito objetivo e direito subjetivo também estão. Afinal, o primeiro é o conjunto dos enunciados normativos que estabelecem os direitos e, conseqüentemente, devido à sua formulação lógica, também criam os deveres de ação ou de abstenção correspondentes aos direitos estabelecidos, bem como a sanção a ser aplicada em caso de descumprimento. Já o segundo é o direito que determinado sujeito tem em decorrência da existência de um dado enunciado jurídico, que permite que ele exija de outrem a realização da conduta prescrita ou, então, que busque a aplicação da sanção prevista para o caso de descumprimento. Portanto, o direito objetivo, por um lado, origina o direito subjetivo e, por outro, estabelece um dever. Nesse ponto se mostram elucidativas as palavras de Hans Kelsen (1998, p. 143), ainda que, ao final, mereçam algumas considerações:

A propósito, importa notar que ‘sujeito’ nesta relação é apenas o obrigado, isto é, aquele indivíduo que pela sua conduta pode violar ou cumprir o dever. O indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual esta conduta há de ter lugar, é apenas objeto da conduta que, como correspondente à conduta devida, está já conotada nesta.

Como se percebe, para o autor citado o direito subjetivo apresenta-se como simples reflexo de um dever jurídico. Entretanto, não parece acertada essa posição, na medida em que a relação ego/alter se apresenta sob a forma da dicotomia direito/dever. Não se trata, pois, de mero reflexo, mas sim de fenômenos jurídicos distintos, porém interconectados, já que sua existência é interdependente.

Dito isso, deve-se atentar para o fato de que o objeto do dever não é o direito subjetivo, mas sim uma determinada conduta prescrita ao próprio agente pelo enunciado normativo. Por outro lado, essa mesma conduta - quando prescrita a outrem que não o sujeito de direito - consiste no objeto do direito subjetivo. Daí poder-se concluir que uma mesma prescrição

normativa de conduta pode ser objeto tanto de um direito subjetivo quanto do dever correspondente - mas isso somente quando a conduta prescrita no enunciado normativo for concretizada no mundo real (mundo do ser), pois, enquanto considerada abstratamente (mundo do dever-ser), estará nos domínios do direito objetivo. Portanto, uma mesma prescrição normativa de conduta irá gerar diferentes consequências jurídicas conforme o prisma sob o qual se olhe, seja sob a ótica do direito subjetivo, seja na perspectiva do dever jurídico.

Todavia, se as relações jurídicas correspondentes ao direito subjetivo e ao dever jurídico são autônomas e dotadas de características próprias, isso significa que seu regime jurídico, assim como as consequências jurídicas impostas aos sujeitos envolvidos, também terão as suas peculiaridades, que auxiliam na distinção de cada um desses fenômenos. É justamente nesse ponto que reside a distinção entre indisponibilidade e inviolabilidade.

Dando sequência ao raciocínio iniciado, a partir da estrutura proposicional lógica do enunciado normativo, percebe-se que o modal deôntico “dever-ser” estabelece um dever, que se caracteriza por ser a obrigação imposta ao agente para, por meio de uma ação ou omissão, respeitar o direito subjetivo de outrem quando sua conduta incidir na hipótese legalmente prescrita. Em outras palavras, o dever estabelece uma proteção jurídica contra a violação - praticada por outrem - a um direito legalmente previsto pertencente a determinado sujeito.

Em contrapartida, o direito subjetivo - como o próprio nome já diz - é um direito e, como tal, decorre diretamente da mesma prescrição normativa que estabelece o dever correspondente (ego/alter). No entanto, a proteção jurídica que lhe é conferida visa a protegê-lo contra atos de terceiros (violações), estando ele, pois, dentro da esfera jurídica de proteção conferida normativamente ao sujeito, deixando-lhe a opção de exercê-lo ou não. Nesse sentido, a lição de Maria Helena Diniz corrobora essa conclusão ao afirmar que “o direito subjetivo é subjetivo porque as permissões, com base na norma jurídica e em face dos demais membros da sociedade, são próprias das pessoas que as possuem, podendo ser ou não usadas por elas” (2009, p. 247). Portanto, é da essência *dos direitos* a possibilidade de serem dispostos pelo sujeito que os titulariza. Paralelamente, é da essência dos deveres proteger os direitos da violação praticada por terceiros - daí o porquê de serem *os direitos* considerados invioláveis.

Não obstante ser da essência *dos direitos* a possibilidade de serem

dispostos pelos seus titulares, é preciso pontuar que existem hipóteses excepcionais nas quais essa possibilidade é restringida, seja expressamente pelo ordenamento jurídico, ou mesmo por decorrência de construção doutrinária e jurisprudencial. Essas hipóteses são comumente chamadas de indisponibilidade de direitos, e, como regra, estão ligadas àqueles direitos considerados fundamentais.

### **3 A INDISPONIBILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

Conforme mencionado acima, a indisponibilidade *dos direitos* está normalmente relacionada aos chamados direitos fundamentais. Mas a questão que se coloca é: o que torna um direito fundamental?

Em que pese a predominância das correntes de cunho jusnaturalista (FINNIS, 2007) e pós-positivista (BARROSO, 2010), é preciso ter em mente que a fundamentalidade de um direito pode decorrer de razões de ordem sistêmica, lógica e ética. No primeiro caso, dentro de uma estrutura sistêmica, dependendo da forma de estruturação atribuída ao sistema em referência, certos direitos podem ter precedência sobre os demais, podendo, inclusive, atuar como fundamento (sistêmico) dos outros direitos - v. g. o direito à igualdade, que figura como suporte ao direito de acesso aos cargos públicos mediante concurso público, dentro da estrutura do sistema jurídico.

Por outro lado, sob uma perspectiva eminentemente lógica, um direito pode ser anterior ao outro, figurando como fundamento de existência ou de validade dos direitos que lhe são subsequentes - v. g. o direito à vida, que, por um lado, é o antecedente lógico de qualquer outro direito que possa ser exercido por alguém, haja vista que, sem vida, não há condição lógica para a existência de outros direitos; mas o mesmo direito à vida, por outro lado, figura como fundamento de validade dos direitos do nascituro na medida em que o exercício desses direitos fica condicionado ao nascimento com vida.

Finalmente, a fundamentalidade de um direito pode ser estruturada sobre bases éticas, isto é, estar fundada nos valores vigentes e socialmente aceitos por uma coletividade em certo momento histórico. Aqui, portanto, um determinado direito será considerado fundamental, não por causa de uma estruturação sistêmica, nem mesmo com vistas a uma relação lógica de precedência, mas sim por garantir juridicamente

- por meio de norma dotada de coercibilidade - os valores considerados essenciais (fundamentais) para o *bem viver* naquela sociedade. É esse o fundamento que reflete o significado de fundamentalidade arraigado, contemporaneamente, na consciência dos povos.

Isso posto, pode-se concluir que direito fundamental é um direito garantido por uma norma jurídica (direito objetivo), que reflete uma opção valorativa considerada essencial para o *bem viver* dentro do panorama ético vigente em determinada sociedade, num dado contexto histórico, e que pode ser exercido por determinado sujeito que se enquadre na hipótese normativa prescrita (direito subjetivo), acarretando a terceiros um dever (dever jurídico) de obediência, sob pena de coerção.

Essa relação entre direito objetivo, direito subjetivo e dever jurídico, no âmbito dos direitos fundamentais, pode parecer simples. Contudo, a questão está longe de ser pacificada. Como ensina Paulo Ferreira da Cunha (2000, p. 216 e ss.), é possível encontrar diversos enquadramentos para os direitos fundamentais entre as grandes figuras-tipo da juridicidade, sendo eles, por vezes, enquadrados como direitos objetivos, direitos subjetivos, direitos potestativos, ônus, situações jurídicas ou, ainda, como interesses juridicamente relevantes. Apesar da divergência apontada, o autor reitera que eles têm a natureza jurídica de *direitos*.

Não obstante esse entendimento, é preciso considerar ainda que J. J. Gomes Canotilho afirma inexistir paralelismo entre as dimensões subjetiva - que garante um direito subjetivo - e objetiva -, que, a partir do direito objetivo, estabelece um dever jurídico - das normas garantidoras de direitos fundamentais (2003, p. 1255-1256). Portanto, segundo Canotilho, não existe correlação entre as normas jurídicas que consagram direitos subjetivos fundamentais e aquelas consagradoras de deveres jurídicos fundamentais. O autor quer dizer, portanto, que o direito objetivo pode gerar um dever jurídico sem que, em contrapartida, se crie um direito subjetivo.

Com a devida vênia, não é possível concordar com o autor supracitado tendo em vista que, conforme demonstrado previamente, existe uma relação dicotômica ego/alter inerente tanto aos direitos subjetivo e objetivo quanto aos direitos e deveres jurídicos, sendo, em ambos os casos, decorrência da estrutura proposicional lógica do enunciado normativo, que é pautado pelo modal deôntico “dever-ser”. Dessa forma, em que pese admitir que, conforme o caso, ora prevalecerá a dimensão subjetiva (direitos), ora a dimensão objetiva (deveres), tratando-se de direitos

fundamentais não é possível aceitar a inexistência de correlação entre ambas as dimensões. Isso porque os direitos fundamentais são, antes de tudo, *direitos* e, como tais, devem enquadrar-se na estrutura proposicional lógica própria das normas jurídicas. Afinal, é exatamente essa estrutura que diferencia a norma jurídica do mero mandamento ético.

Cabe lembrar, contudo, que a existência de uma diferença estrutural entre a norma jurídica e o mandamento ético não implica o afastamento absoluto entre Direito e Ética. Afinal, como foi oportunamente apontado em linhas anteriores deste estudo, a fundamentalidade de um direito decorre justamente do fato de seu conteúdo normativo refletir uma opção valorativa considerada fundamental à luz do panorama ético vigente naquela sociedade, dentro daquele contexto histórico.

Com vistas a essa constatação, deve-se verificar se o direito à proteção do meio ambiente, previsto no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 -CR/88 - reflete ou não uma opção valorativa considerada fundamental a partir dos valores éticos vigentes contemporaneamente.

Pois bem, segundo Leonardo Boff (2000), a relação do homem com a natureza tem caráter ético na medida em que o primeiro não pode ser concebido sem que se leve em conta o meio em que vive - ainda que sujeito e ambiente sejam coisas distintas. Isso posto, os valores que constituem o *bem viver* levam necessariamente em consideração as questões ambientais para permitir que o homem alcance a felicidade. Daí a razão de o autor utilizar a expressão grega *ethos* na acepção de morada humana (BOFF, 2000, p. 68-69).

É importante frisar que esse tipo de concepção ético-ambiental pode ser constatada na noção de justiça ambiental, reinante nos dias atuais. Afinal, como ressalta Rogério Santos Rammê (2012, p. 46), o conceito de justiça ambiental é uma espécie de conceito guarda-chuva, “capaz de abarcar todas as preocupações e formas de ação social vinculadas ao entendimento de que o meio ambiente equilibrado é fator determinante para a subsistência humana”.

Ora, uma vez que o meio ambiente é fundamental para a subsistência humana - na medida em que constitui a morada da humanidade -, fica claro que, sem meio ambiente equilibrado, o ser humano, por mais que se esforce, não consegue viver com dignidade. Mas a dignidade, por sua vez, como lembra Immanuel Kant (2007, p. 77), é atributo inerente ao ser humano. Afinal, enquanto as coisas têm preço, o ser humano tem



dignidade, que está acima de qualquer preço. Nesse sentido, vejamos as palavras do próprio autor:

No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente; então, tem ela dignidade.

[...] aquilo, porém, que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade* (grifos no original).

Dessa forma, para a manutenção da dignidade acaba sendo necessário, em inúmeras ocasiões, o recurso ao aparato de coerção estatal, o que só pode ser feito por meio do Direito, por intermédio de normas jurídicas. Assim, a juridicização dos anseios éticos de natureza ambiental - especialmente de sua matriz ética, que é a proteção ao meio ambiente - mediante o reconhecimento de sua importância por meio da atribuição de *status* constitucional, corrobora a opção constituinte de refletir, no texto da CR/88, o valor ético fundamental da proteção ao meio ambiente.

Isso posto, a partir dessa constatação torna-se possível afirmar que, sob o prisma da ética contemporânea, a preservação do meio ambiente integra o núcleo valorativo considerado fundamental pela sociedade. Tanto é assim que o constituinte originário refletiu esse valor em diversos dispositivos da CR/88 - v. g. artigos 5º, LXXIII (ação popular); 23, VI (competência comum de União, Estados, Distrito Federal e Municípios); 24, VI (competência concorrente de União, Estados e Distrito Federal); 129, III (funções institucionais do Ministério Público); 170, VI (princípios da ordem econômica); 174, § 3º (cooperativas de garimpeiros); 186, II (função social da propriedade rural); 200, VIII (competências do Sistema Único de Saúde); 225 (meio ambiente). Dessa forma, ao reproduzir o valor relativo à preservação do meio ambiente em diversas normas jurídicas, o constituinte atribuiu-lhe o *status* de direito fundamental. Mas isto não simplesmente por causa da quantidade de dispositivos constitucionais que mencionam esse direito, e sim por tê-lo convertido em princípio constitucional instituidor de direito fundamental, que, por sua vez, devido à sua natureza jurídica principiológica, influenciou a criação de diversos enunciados normativos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Não obstante a natureza principiológica do direito fundamental à

preservação do meio ambiente, é preciso ter em mente, ainda, que, no caso do art. 225 da CR/88, o constituinte foi expresso ao afirmar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, [...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. A leitura do conteúdo desse dispositivo constitucional aponta uma peculiaridade desse direito fundamental, qual seja, ele pertence à coletividade e não foi individualizado. Isso se deve ao fato de ele integrar a categoria dos direitos fundamentais transindividuais, que transcendem a figura exclusiva do indivíduo como sujeito de direitos, expandindo seu âmbito de incidência para toda uma coletividade, sejam aqueles que a compõem identificáveis ou não.

Diante dessa constatação, e retomando uma questão sedimentada anteriormente, pode-se afirmar que, tratando-se dos direitos fundamentais transindividuais, prevalece a dimensão objetiva, enquanto, nos direitos fundamentais individuais, há prevalência da dimensão subjetiva.

Todavia, conforme já foi ressaltado, a prevalência de uma dimensão não significa a exclusão da outra. Portanto, o fato de prevalecer a dimensão objetiva no direito fundamental à proteção do meio ambiente não significa que a dimensão subjetiva tenha sido afastada desse direito. Tanto é assim que, conforme a lição de Maria Helena Diniz, já apresentada neste estudo (2009, p. 247), as duas espécies de direito subjetivo estão presentes no referido direito, quais sejam, o direito comum da existência e o direito de defender os direitos comuns da existência. Contudo, tendo em vista a prevalência da dimensão objetiva, essas duas espécies de direitos subjetivos foram afetadas na medida em que, por um lado, a proteção do meio ambiente é direito de todos e, caso um ou alguns indivíduos queiram abdicar desse direito, qualquer outro indivíduo poderá exercê-lo, independentemente da manifestação de vontade dos demais em sentido contrário. Mas, por outro lado, como todos os indivíduos são titulares desse direito, qualquer deles poderá defendê-lo, ainda que sem o auxílio ou mesmo contra os demais titulares.

Isso posto, ao contrário dos direitos fundamentais individuais, cuja estrutura normativa com vistas à prevalência da dimensão subjetiva permite a existência de discussão sobre sua disponibilidade, tratando-se de direitos fundamentais transindividuais, essa discussão não é possível, porque sua estrutura normativa, na qual prevalece a dimensão objetiva, torna-os indisponíveis. Portanto, a possibilidade da disposição desses direitos fundamentais afronta a essência jurídica dessa espécie de *direitos*. Desta feita, pelo fato de o direito fundamental à proteção do meio ambiente

ser um direito integrante dessa última categoria, não resta dúvida de que se trata de direito indisponível.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que, a partir da análise da ontologia *dos direitos*, conjugada com a verificação da estrutura proposicional lógica implicacional do enunciado normativo - que é balizada pelo modal deôntico “dever-ser” -, torna-se possível identificar uma relação ego/alter existente tanto entre direito subjetivo e direito objetivo quanto entre direito e dever jurídico. Essa dualidade implicacional, por sua vez, significa que o objeto norma jurídica deverá ser considerando sempre com vistas às dicotomias existentes, sob pena de seu significado não poder ser corretamente compreendido.

A partir disso, pôde-se constatar que a inviolabilidade configura uma proteção contra a ação de terceiros, enquanto a indisponibilidade consiste em uma restrição à possibilidade de não exercício de um direito (subjetivo) por parte de seu titular. Constatou-se também que, em algumas normas jurídicas, prevalece a dimensão subjetiva, porém em outras prevalece a dimensão objetiva, sem que isto signifique a inexistência de conexão entre ambas as dimensões.

Uma vez realizada essa etapa da investigação, pôde-se confirmar que o direito à proteção do meio ambiente é direito fundamental na medida em que reflete um valor ético considerado essencial para o *bem viver* pela sociedade contemporânea. Em seguida, apurou-se que esse direito se enquadra na espécie direito fundamental transindividual, no qual há prevalência da dimensão objetiva da norma jurídica. Por causa disso, viu-se que todos são titulares desse direito. Isso significa que todos podem decidir exercê-lo e que todos podem defendê-lo em caso de violação, seja de forma conjunta ou isoladamente, ou mesmo contra a vontade de outros titulares.

Diante do exposto, fica claro que a estrutura normativa do direito fundamental à proteção do meio ambiente não comporta a disponibilidade do direito na medida em que um não pode dispor daquilo que é comum. Ademais, em caso de violação, qualquer titular pode defender esse direito comum, ainda que contra a vontade dos demais.

Daí, portanto, poder-se concluir que a proteção do meio ambiente é um direito fundamental indisponível.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOFF, Leonardo. *Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DOU: 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 set. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da constituição: direitos humanos, direitos fundamentais*, v. II. Lisboa: Verbo, 2000.

DIAS, Roberto. *Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a Constituição*. In IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Coords.). *Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global*. Curitiba: Juruá, 2010, v. 4, p. 151 a 177.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. Norma jurídica e aplicação do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, dominação, decisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

RAMMÊ, Rogério Santos. *Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos: conjecturas político-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica*. Caxias do Sul: Edusc, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

TELLES JR., Goffredo. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noesis, 2005.

Artigo recebido em: 23/02/2017.

Artigo aceito em: 11/08/2017.

### **Como citar este artigo (ABNT):**

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. A indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 153-173, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1015>>. Acesso em: dia mês. ano.



# A LEI N. 13.123/2015 E O RETROCESSO NA PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

**Eliane Cristina Pinto Moreira**

Doutora em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido  
pela Universidade Federal do Pará (UFPA).  
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).  
Professora de Pós-Graduação da Universidade Federal do Pará (UFPA).  
Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.  
E-mail: [moreiraeliane@hotmail.com](mailto:moreiraeliane@hotmail.com)

**Leandro Barbalho Conde**

Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).  
Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA).  
E-mail: [leandroconde@gmail.com](mailto:leandroconde@gmail.com)

## RESUMO

Este artigo propõe uma análise da Lei n. 13.123, de 21 de maio de 2015, que dispõe, entre outros aspectos, sobre regras de acesso, uso e repartição de benefícios decorrentes do patrimônio genético da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. Inicialmente, o artigo narra breve histórico da regulamentação sobre a temática no ordenamento jurídico nacional. Em seguida, expõe a relação dos conhecimentos tradicionais associados à cultura dos povos e de comunidades tradicionais e identifica os retrocessos aportados pelo novo regime jurídico, traçando um paralelo comparativo com a legislação nacional que, anteriormente, dispunha sobre o assunto, e com o arcabouço jurídico internacional. Mais à frente, são avaliados os retrocessos da lei que atingiram os conhecimentos tradicionais associados, sob a ótica do princípio da progressividade, e a sua interface com o princípio do não retrocesso, demonstrando-se a violação desses princípios. Ao final, conclui-se que as regras da Lei n. 13.123/15 analisadas são inconventionais, devendo sua aplicação ser afastada do ordenamento jurídico pátrio. A pesquisa é abordada de forma descritiva, utilizando, como técnica de pesquisa, material bibliográfico e documental.

**Palavras-chave:** Biodiversidade; Conhecimentos Tradicionais Associados; Cultura. Direitos Humanos; Progressividade.

*LAW N. 13.123/2015 AND THE SETBACK IN THE TRADITIONAL  
KNOWLEDGE PROTECTION*

**ABSTRACT**

*This article proposes an analysis of the Law n. 13.123/15 that disposes, among other aspects, about the rules of access, use and partition of the benefit sharing from the genetic resources of biodiversity and traditional knowledge associated. Initially the article narrates the brief history of the regulation about the theme in the national legal order. Then, it exposes the relationship of traditional knowledge associated with the culture of traditional peoples and communities and identifies the setbacks conducted by the new legal regime by drawing a comparison with the national legislation which, previously, disposed about the subject and the international legal outline. Ahead the law setbacks that reached the traditional knowledge associated are evaluated from the perspective of the progressiveness principle and its interface with the principle of prohibition of retrogression, demonstrating the violation of these principles. At the end, we concluded that the rules of Law n. 13.123/15 are considered unconventional, and its application should be removed from the practical legal order. The research is conducted descriptively, using bibliographic and documentary material as research techniques.*

**Keywords:** *Biodiversity; Traditional Knowledge Associated; Culture; Human Rights; Progressivity.*



## INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma análise da Lei n. 13.123, de 21 de maio de 2015, que dispõe sobre regras de acesso, uso e repartição de benefícios decorrentes do patrimônio genético da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados (CTA), entre outros aspectos.

Neste estudo é feita uma apreciação do mencionado instrumento legislativo no que tange à proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, os quais têm como titulares de direitos os povos indígenas, as comunidades tradicionais e os agricultores tradicionais. A apreciação desses dispositivos será realizada à luz do princípio da progressividade dos direitos humanos e de sua interface com o princípio do não retrocesso, previsto no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e no art. 1º do Protocolo de San Salvador.

A partir dessa análise, buscar-se-á demonstrar que a Lei n. 13.123/15 regrediu em relação aos padrões jurídicos que eram assegurados no instrumento normativo que a antecedeu. A nova lei retrocedeu na proteção dos conhecimentos tradicionais associados, especialmente quanto aos direitos culturais dos povos e das comunidades tradicionais, o que configura o descumprimento do direito fundamental à cultura, previsto no art. 14 do Protocolo de San Salvador.

Ao final, conclui-se que a aplicação das normas analisadas deve ser afastada em razão das graves violações de direitos humanos por ela aportados, mediante o exercício do controle de convencionalidade, que, por sua vez, segundo Sarlet,

busca evidenciar a distinção entre o controle de constitucionalidade, pois independentemente de sua hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados (aqui referidos pelo termo convenções) operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são - ou não - hierarquicamente inferiores (CONJUR, 2015).

## 1 BREVE HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DO ACESSO E USO DOS RECURSOS GENÉTICOS DA BIODIVERSIDADE E DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS NO BRASIL

A temática que envolve o acesso aos recursos genéticos da biodiversidade e ao uso desses, bem como o acesso aos conhecimentos tradicio-

nais associados (CTA) e ao seu uso, é discutida há muitos anos no Brasil.

A primeira tentativa de regulamentação foi proposta por meio do Projeto de Lei - PL - n. 306, de 1995, de autoria da então senadora Marina Silva, na época filiada ao Partido dos Trabalhadores (PT). Outros projetos de lei sobre essa temática foram apresentados até que o tema foi regulamentado pela primeira vez no Brasil, com a edição da Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, cuja primeira edição se deu sob o número 2.052/00.

A MP n. 2.186-16/01 suscitou polêmica durante todo o seu período de vigência, porque setores industriais e científicos alegavam ser a lei excessivamente burocrática e reclamavam da imposição de sanções em face de seu descumprimento. Foi “nesse contexto de insatisfação do setor industrial com a normativa anterior que, em 2014, a discussão da biopirataria ganha fôlego” (DALLAGNOL, 2015, p. 4), motivando a apresentação de um projeto de lei, em 24 de junho de 2014, pelo Poder Executivo, e iniciando um processo legislativo que culminou com a publicação da Lei n. 13.123/15.

No mesmo ano em que o governo enviou ao Congresso o projeto supramencionado, o Protocolo de Nagoya, um dos instrumentos internacionais mais esperados sobre o tema, obteve o número mínimo de ratificações e entrou em vigor em outubro de 2014, durante a 12ª Conferência das Partes. O Brasil, todavia, não ratificou esse protocolo até o momento.

De fato, o texto da MP n. 2.186-16/01 apresenta vários pontos que mereceriam aprimoramento, para assegurar, de forma ampla, os direitos de povos e das comunidades tradicionais. Entretanto, esses pontos não foram alvo das modificações necessárias pela Lei n. 13.123/15.

Fruto de um processo longo de muitas idas e vindas de elaboração de anteprojetos de lei na esfera do governo federal, essa nova lei não resultou de um processo amplo e participativo e, menos ainda, permitiu o efetivo debate e a consulta prévia aos povos e comunidades tradicionais afetados, sendo possível afirmar que se trata de um processo legislativo viciado perante os pressupostos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê a obrigatoriedade de consulta prévia sempre que existam propostas medidas legislativas que afetem os direitos por ela assegurados.

A tramitação da matéria iniciou-se na Câmara dos Deputados (CD), com a proposição do PL n. 7.735/14, de autoria do governo federal, que o apresentou sob solicitação de urgência constitucional.

“Em consequência, por força do § 2º do art. 64 da Constituição Federal, tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado Federal (SF) passaram a dispor, cada qual sucessivamente, de até 45 dias para se manifestar sobre a proposição” (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 20).

Em razão do disposto no inciso II do art. 34 do Regimento Interno da CD, formou-se uma Comissão Especial para avaliar o PL n. 7.735/14; porém, conforme foi noticiado,

A Comissão Especial criada na CD para avaliação do PL não se reuniu, o que resultou na votação da matéria pelo plenário da CD. Esse fato, sem dúvida, causou maior complexidade na análise do projeto, uma vez que a matéria não foi previamente instruída, sobretudo com maior discussão, por meio de audiências públicas na Comissão Especial (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 20).

Ainda assim, o PL n. 7.735/14 foi aprovado em 4 de fevereiro de 2015.

Já no Senado Federal, esse projeto de lei da Câmara dos Deputados foi recebido sob número 2 de 2015. Nessa Casa Legislativa, “foram realizadas duas audiências públicas com o objetivo de instruir o PLC n. 2, de 2015” (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 22).

Durante a tramitação nas duas casas do Congresso Nacional, “foram apresentadas 394 emendas ao projeto” (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 22). Ao final, foram “12 emendas aprovadas” (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 27).

A Presidência da República vetou 4 matérias, e o Congresso manteve os vetos. “Como os vetos foram mantidos na Câmara dos Deputados, não foi necessário o envio à avaliação do Senado Federal” (TÁVORA, F. L. *et al*, 2015, p. 30) e, após o período de 180 dias de vacância, a nova lei entrou em vigor em 15 de novembro de 2015, com o número 13.123/15, sendo regulamentada pelo Decreto n. 8.772, de 11 de maio de 2016.

Entre as 4 matérias vetadas pela Presidência da República, destacam-se as razões dos vetos aos §§ 3º e 4º do art. 13 da Lei n. 13.123/15, que previam, respectivamente, a necessidade de autorização prévia por parte do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, para atividades de pesquisa; e por parte do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), para atividades de desenvolvimento tecnológico. Conforme a Mensagem de Veto n. 417, de 20 de maio de 2015, os vetos ocorreram pelas seguintes razões:

Os dispositivos faziam referência a outro contexto no Projeto de Lei original. Assim, no texto aprovado pelo Congresso Nacional, o § 3º restaria assistemático, e o § 4º estaria em conflito com o teor do inciso I do *caput* do artigo. Além disso, da forma disposta, tais procedimentos poderiam resultar em mero entrave burocrático, contrariamente à lógica da medida (Mensagem de Veto n. 417, de 20 maio de 2015).

Durante todo esse processo de tramitação, os povos e as comunidades tradicionais manifestaram-se expressando seu inconformismo com o processo legislativo e regulamentador que, de forma geral, excluiu a participação efetiva desses atores, privilegiando a oitiva do setor industrial.

Com efeito, o Instituto Socioambiental (ISA) noticiou, em seu sítio eletrônico, que

Povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores familiares decidiram boicotar a audiência pública em protesto contra a forma como o governo vem conduzindo a formulação e regulamentação da lei. Eles também divulgaram carta aberta em que repudiam e pedem a revogação da lei, por ela ferir princípios constitucionais e seus direitos básicos (ISA, 2016).

## **2 OS RETROCESSOS DA LEI N. 13.123/15 EM RELAÇÃO À PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS**

Os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético da biodiversidade (CTA) integram o patrimônio cultural brasileiro e são direitos coletivos especialmente protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88, como se depreende da leitura de seus arts. 215 e 216, que tratam do direito fundamental à cultura.

Cunha Filho (2000, p. 34) conceitua os direitos culturais como

Aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes que asseguram a seus titulares o conhecimento passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes no futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana.

Essa visão coaduna-se com o disposto na Declaração Universal

sobre a Diversidade Cultural, que, em seu preâmbulo, destaca:

A cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças.

Sendo assim, os conhecimentos tradicionais formam uma categorização de direito humano cultural necessário para o livre desenvolvimento dos povos e comunidades tradicionais, com vistas a uma vida digna e intrinsecamente vinculada ao direito à identidade cultural.

Segundo Santilli, apud Barros *et al.* (2007, p. 284),

Os chamados conhecimentos tradicionais estão intimamente conexos à forma que aquela comunidade vê o mundo, podendo, inclusive, ter um caráter sagrado, algo que tem valor simbólico, mas não tem preço. De maneira clara, eles são processos, práticas, atividades, saberes e hábitos, passados ao longo dos anos, de geração em geração, pertencentes a uma coletividade altamente relacionada ao meio ambiente.

Já em relação ao conhecimento tradicional associado, Santilli (2005, p. 136) ensina que “inclui toda a informação útil à identificação de princípios ativos de biomoléculas ou características funcionais de células e micro-organismos, independentemente de a utilização tradicional coincidir ou não com a utilização biotecnológica”.

A partir da ótica dos direitos humanos aplicada aos CTA, é possível vislumbrar as falhas intrínsecas à lei em análise, que os reduziu a mero insumo para o sistema de ciência, tecnologia e inovação, amesquinhando sua importância. Apesar de a lei declarar direitos voltados à proteção dos CTA, uma leitura mais atenta de seu texto demonstra que foram criados mecanismos que reduziram a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais, chegando ao ponto de estabelecer hipóteses em que o acesso aos CTA pode efetivar-se sem a exigência do consentimento prévio e informado e sem a obrigação de repartição de benefícios.

Para demonstrar os retrocessos trazidos pela nova lei em relação à proteção dos CTA, inicia-se a análise da Lei n. 13.123/15 no que tange a esse aspecto. Conforme proposto por este artigo, a apreciação dos dispositivos que abordam a proteção dos CTA será realizada mediante a comparação de seus dispositivos com o texto da então vigente MP 2.186-16/01 e

com as regras dispostas nos principais tratados internacionais que cercam a temática.

Será traçado um paralelo comparativo entre o arcabouço jurídico que envolve o tema, confrontando-se o papel do Estado no contexto do acesso, do uso e da repartição de benefícios relacionados aos CTA, previsto na atual legislação em relação à antiga previsão constante da mencionada MP.

Em que pese o fato de tanto a antiga quanto e nova legislação nacional preverem o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético como órgão central neste cenário, é notório o seu enfraquecimento, transitando do papel de um órgão que outrora aferia a regularidade dos processos para o papel de mero receptor de cadastros. Com efeito, o atual modelo baseia-se em meras declarações do usuário, que é pessoa natural ou jurídica que realiza a atividade de acesso, uso e/ou a exploração econômica dos CTA. Tais declarações são realizadas mediante preenchimento de formulário eletrônico no Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (Sisgen), que é o sistema eletrônico criado para esse fim, regulamentado pelo art. 20 e seguintes do Decreto n. 8.772/16.

Dependendo da atividade que o usuário pretenda desenvolver, a nova lei impõe a necessidade de um ou mais atos declaratórios a serem cumpridos. Em linhas gerais, para a atividade de acesso, é necessário apenas que o usuário realize o cadastro no Sisgen, declarando o acesso. Se o acesso pretendido pelo usuário for em uma área indispensável à segurança nacional ou em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, é também necessário demonstrar, além do cadastro, a autorização da União; e, se a atividade for de exploração econômica, é necessário que o usuário realize ainda, após o cadastro, a notificação do produto, que consiste no instrumento declaratório que antecede o início da atividade de exploração econômica no qual o usuário declara o cumprimento dos requisitos dessa lei.

Para fins de acesso aos CTA e de exploração econômica dos CTA, a lei - como se verá mais à frente, neste estudo - exige, surpreendentemente, somente em casos excepcionais, a demonstração da obtenção do consentimento prévio e informado e da apresentação do acordo de repartição de benefícios, que são os dois instrumentos mais importantes para fins de proteção dos CTA.

O marco legal objeto deste artigo traz em seu bojo o conceito

desses dois instrumentos. No inciso VI do art. 2º da lei em questão, o consentimento prévio e informado como “consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou comunidade tradicional, segundo seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários”, que permite o acesso aos CTA; e no inciso XX do mesmo artigo, define-se o acordo de repartição de benefícios como o “instrumento jurídico que qualifica as partes, o objeto e as condições para repartição de benefício” oriundo da exploração do CTA acessado.

A estrutura de gestão dos conhecimentos tradicionais, prevista no art. 11 da MP n. 2.186-16/01, atribuía competência ao Cgen para deliberar sobre a autorização das atividades de acesso e de remessa, mediante anuência prévia do titular do CTA ou do patrimônio genético, bem como para dar anuência aos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e Repartição de Benefícios (CURB). No atual modelo, nos termos do inciso IV do art. 6º do Decreto n. 8.772/16, o Cgen tem competência apenas para atestar a regularidade do acesso aos CTA combinado com o art. 12 da Lei n. 13.123/15 e com os arts. 22 e 23 do Decreto n. 8.772/16, mediante a emissão automática de comprovante de cadastro, após preenchimento do formulário eletrônico disponível no Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (SisGen), sistema eletrônico que está sendo implementado e operacionalizado pela Secretaria-Executiva do CGEN.

Da mesma forma, no caso de exploração econômica dos CTA, nos termos dos arts. 34 e 35 do Decreto n. 8.772/16, o CGEN apenas gera automaticamente o comprovante de notificação depois do mero ato declaratório de notificação do produto; ou seja, para sustentar a estrutura de gestão do conhecimento tradicional associado, baseada em autodeclarações do usuário, a Lei n. 13.123/15 enfraqueceu o poder de polícia da União e menosprezou a obrigação imposta nos arts. 23 e 225 da CR/88, qual seja, a de proteção do patrimônio socioambiental.

Desse modo, a estrutura de gestão do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado, criado pela Lei n. 13.123/15, representa um retrocesso aos direitos de proteção dos CTA, visto que, na legislação anterior, havia um controle do Estado mais amplo quanto ao acesso, ao uso e à exploração econômica desses bens e, conseqüentemente, menos vulnerável, por exemplo, à biopirataria e ao uso irregular de patentes, uma vez que o controle do Estado ocorria antes do acesso.

Tanto a MP n. 2.186-16/01 quanto a nova lei tratam, no Capítulo

III, dos CTA. Todavia, enquanto o nome do título que a MP conferia a esse capítulo era “DA PROTEÇÃO AO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO”, a Lei o rebatizou apenas de “DO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO”. Com efeito, a retirada da expressão “DA PROTEÇÃO” denota a mitigação das garantias legais anteriormente asseguradas aos CTA pela MP.

Nos dispositivos do Capítulo III da Lei n. 13.125/15 verifica-se, nos arts. 8º e 10, que a lei estabelece direitos aos povos e às comunidades tradicionais voltados à proteção dos CTA contra a utilização e a exploração ilícita dos conhecimentos tradicionais; entretanto, esses direitos não revelam avanços na proteção legal dos povos e das comunidades tradicionais.

O § 2º do art. 8º da Lei n. 13.123/15, assim como a MP n. 2.186-16/01 fazia, prevê que “o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético de que trata esta lei integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser depositado em banco de dados, conforme dispuser o CGen ou legislação específica”, como, por exemplo, no Decreto n. 3.551/00, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e que possibilita que os CTA sejam registrados no Livro de Registro dos Saberes.

Contudo, além de a nova Lei da Biodiversidade não vincular a atividade de acesso ao registro, Cunha Filho (2000, p. 125) afirma que o registro é “uma perenização simbólica dos bens culturais. Essa perenização dá-se por diferentes meios, que possibilitam às futuras gerações o conhecimento dos diversos estágios por que passou o bem cultural”.

Dessa forma, o direito estabelecido no § 2º do art. 8º da Lei n. 13.123/15 não tem efeito prático para fins de proteção dos CTA e de proteção dos direitos culturais dos povos e comunidades tradicionais em relação, por exemplo, ao direito de concessão de patentes de invenção.

Do mesmo modo, a nova lei, no § 4º de seu art. 8º, que reproduz parte do texto da MP n. 2.186-16/01 em relação ao direito de intercâmbio e de difusão dos CTA - em que pese prever que “o intercâmbio e a difusão de patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, praticados entre si por populações indígenas<sup>1</sup>, por comunidade tradicional ou por agricultor tradicional, para seu próprio benefício, e baseados em seus usos, costumes e tradições, são isentos das obrigações”, por exemplo, de reparti-

<sup>1</sup> A lei, lamentavelmente, adotou a terminologia “populações indígenas” em vez de adotar a terminologia “povos indígenas” consagrada na Convenção 169 da OIT. Como neste trabalho se pretende realizar um cotejo do texto legal, será utilizada a terminologia adotada na Lei n. 13.123/15, ressaltando sua inadequação.



ção de benefícios e consulta prévia informada -, não oferece instrumentos para esse intercâmbio e difusão. A diferença do § 4º do art. 8º da Lei n. 13.123/15 para a redação da MP revogada é que essa lei, ao condicionar a isenção dos povos e comunidades tradicionais das obrigações previstas no texto legal à necessidade de que o intercâmbio e a difusão dos conhecimentos tradicionais praticados somente ocorram entre populações indígenas, comunidade tradicional ou agricultor tradicional; e de que o intercâmbio e a difusão de conhecimentos sejam somente para o próprio benefício desses povos e baseados em seus usos, costumes e tradições, revela que o novo marco legal, nesse aspecto, restringiu direitos dos povos e comunidades tradicionais, haja vista que a MP não previa tal condicionante.

O novo marco legal, a Lei n. 13.123/15, reconhece direitos às populações indígenas, às comunidades tradicionais e aos agricultores tradicionais - que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimentos tradicionais - de “ter reconhecida sua contribuição para o desenvolvimento sustentável e a conservação do patrimônio genético” (art. 10, incisos I e II), bem como, a exemplo da MP em análise, o direito de “ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional associado em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações”. Nos incisos V e VI de seu art. 10, a Lei n. 13.123/15 prevê o direito dos provedores de CTA de usar ou vender livremente produtos que contenham conhecimento tradicional associado; prevê ainda o direito de conservar, manejar, guardar, reproduzir, trocar, desenvolver e melhorar material reprodutivo que contenha conhecimento tradicional associado. Todavia, no que se refere ao direito de livre uso e venda de produtos, a nova lei, mais uma vez, restringe direitos em relação à MP revogada, quando dispõe, no inciso V de seu art. 10, que os povos e comunidades tradicionais podem “usar ou vender livremente produtos que contenham patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, observados os dispositivos das Leis nºs 9.456, de 25 de abril de 1997, e 10.711, de 5 de agosto de 2003”, que tratam da proteção das cultivares e do sistema de sementes.

Em relação ao direito de decisão dos povos e comunidades tradicionais sobre o uso de seus CTA, identifica-se considerável retrocesso, tomando-se por referência a legislação revogada. Apesar de a lei atual prever, no art. 6º, o direito de participação dos povos e comunidades tradicionais na composição do Cgen, em grau de igualdade com os setores empresarial e acadêmico, o que não ocorria na MP, e de prever ainda, no § 1º, do art. 8º, e no inciso IV, do art. 10, respectivamente, o direito desses

povos de participar de tomadas de decisão sobre assuntos relacionados à conservação, ao uso sustentável e ao acesso aos seus conhecimentos, não ficou previsto na nova legislação o direito de os povos e comunidades tradicionais decidirem sobre o uso dos seus CTA, como previa a MP no §1º de seu art. 8º, devendo-se extrair a permanência desse direito dos ditames da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 143/02 e promulgada pelo Decreto n. 5.051/04, reconhece, ainda no seu preâmbulo, o direito de autodeterminação dos povos e comunidades internacionais, ao lembrar das “aspirações desses povos de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e de seu desenvolvimento econômico, e de manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, no âmbito do Estado onde moram”.

De toda sorte, a omissão sobre o direito de os povos e comunidades tradicionais decidirem em relação ao uso dos seus CTA vulnera direitos que precisariam estar claramente dispostos; veja-se, por exemplo, no que diz respeito ao direito de impedir terceiros não autorizados de utilizar, realizar testes, pesquisas, exploração, relacionados aos CTA, bem como de divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem CTA, outrora previsto no inciso II do art. 9º da MP e não reproduzido na Lei n. 13.123/15.

Nesse contexto, fica evidente que a nova legislação regrediu na defesa dos direitos socioambientais, prejudicando o desenvolvimento dos grupos sociais titulares dos CTA, afetando a sua dignidade e, por via reflexa, retirando a liberdade dos povos e comunidades tradicionais.

Sobretudo, juntamente com as condicionantes impostas para fins de repartição de benefícios que serão analisadas à frente, no próprio Capítulo III da Lei n. 13.123/15, mediante o qual são tutelados os saberes tradicionais associados à biodiversidade das populações indígenas, das comunidades tradicionais e dos agricultores tradicionais, verifica-se um dos maiores retrocessos em relação à MP n. 2.186-16/01, revogada. A nova lei inova negativamente em relação a essa MP, criando o sistema de classificação dos conhecimentos tradicionais sem paralelo com o regime anterior ou com qualquer outro tratado internacional sobre a temática. Esse sistema funciona como um mecanismo de seleção que condiciona a obrigatoriedade da obtenção do consentimento prévio informado dos provedores dos CTA ao fato de o conhecimento tradicional associado ser, segundo prescre-

ve a lei em análise, de origem identificável ou não.

No art. 9º da Lei n. 13.123/15 só há a previsão de obrigatoriedade para o consentimento quando se tratar de acesso a conhecimento tradicional associado classificado como de origem identificável. Em relação ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável, que a mencionada lei define, no inciso III, do art. 2º, como aquele em que “não há possibilidade de vincular sua origem a pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional”, o acesso independe da obtenção de consentimento prévio informado.

Nesse aspecto, o novo marco legal, a fim de identificar os saberes tradicionais associados até então de origem não identificável, deveria ter criado, no mínimo, instrumentos que condicionassem o acesso à consulta sobre esses conhecimentos, por exemplo, no Livro de Registro dos Saberes, acima comentado. Caso não constasse o registro desse saber nesse Livro, a lei deveria vincular o acesso ao registro, para que uma próxima atividade de acesso estivesse sujeita ao consentimento da população tradicional provedora desse conhecimento antes sem origem identificável.

Dessa forma, a lei obedeceria à previsão do § 1º do art. 216 da CR/88, que atribui ao poder público, com a colaboração da comunidade, a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

A partir dessa perspectiva, é constatação eloquente que a Lei n. 13.123/15 não só regrediu como deixou de progredir na defesa dos CTA.

Ao implementar o sistema de classificação dos CTA, o novo regime jurídico estabeleceu regras, em relação ao consentimento prévio e informado, que se chocam com as previsões da Convenção 169 da OIT, como, por exemplo, com o previsto no art. 6.1, “a”, o qual impõe aos governos o dever de:

consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

Nesse contexto, o Grupo de Trabalho de Conhecimentos Tradicionais da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF), na Nota Técnica que teve como objeto o projeto e lei que culminou com a publicação da Lei n. 13.123/15, ao tratar da afetação de

direitos e interesses jurídicos relevantes aos povos e comunidades tradicionais, afirmou que

O direito à autodeterminação dos povos está intimamente relacionado ao direito que tais povos têm sobre seus patrimônios materiais e imateriais. Os povos têm direito a gozar com autonomia de seus patrimônios (territoriais, culturais, intelectuais, morais e econômicos etc.), sem serem violados por atos dos Estados ou mesmo agentes privados (MPF, 2014, p. 5).

Ademais, em razão de a Convenção da Diversidade Biológica (CDB) - ratificada pelo Brasil com a aprovação do Decreto Legislativo n. 02/94 e promulgada em 1998, com o Decreto Presidencial n. 2.519/98 - impor, no art. 8º, “j”, a participação dos povos e comunidades tradicionais nas hipóteses de acesso, a previsão de dispensa da consulta prévia e informada encontrada no novo marco legal é incompatível esse acordo internacional.

A nova lei subordinou o direito à consulta prévia e informada ao mencionado sistema classificatório dos CTA, enquanto na MP o consentimento dos povos e das comunidades tradicionais era condicionante absoluta para o acesso aos conhecimentos tradicionais indistintamente.

Deve-se ressaltar que a nova legislação não deixa claro quem é o responsável pela obtenção do consentimento prévio. Contudo, vale a pena lembrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), ao julgar o Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, já firmou entendimento de que o dever de efetivar as consultas prévias e de obter o consentimento é estatal, e, portanto, tal ônus não pode ser delegado a terceiros estranhos à estrutura pública, incumbindo ao Estado demonstrar que esse direito foi garantido em todas as suas dimensões:

El Convenio n. 169 de la OIT se aplica, inter alia, a “los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”<sup>188</sup>, y por el cual los Estados “deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012, p. 44).

Outro retrocesso verificado na lei referente à matéria do consentimento prévio é a previsão do § 1º do art. 9º. A lei considera como meios de prova da obtenção do consentimento prévio informado: a assinatura de termo de consentimento prévio; o registro audiovisual do consentimento; o parecer do órgão oficial competente; ou a adesão na forma prevista em protocolo comunitário. Nesse aspecto, não se observou que o consentimento é apenas o resultado de um processo mais complexo, no qual deve ser garantida a ampla participação das comunidades atingidas. Por esta razão, a mera prova documental consiste em formalidade que não serve de meio de prova plena desse processo, nem mesmo de prova da observância dos parâmetros estabelecidos internacionalmente para esse processo, tais como a boa-fé, a transparência, a ciência dos riscos e benefícios e o amplo fornecimento de informações que subsidiem a tomada de decisão.

No que tange especificamente ao disposto no inciso III do § 1º do art. 9º da lei em questão, que atribui ao parecer do órgão oficial competente meio de prova da consulta prévia, mais uma vez há violação ao direito de autodeterminação dos povos e comunidades tradicionais, consagrado na Convenção 169 da OIT. Ressalte-se que um parecer nesse sentido pode ser complementar ao consentimento prévio, mas jamais poderá suplantá-lo nem servir de prova plena. Daí nasce a grande importância do protocolo comunitário. O inciso VII do art. 2º da Lei n. 13.123/15 define esse instrumento como “norma procedimental das populações indígenas, das comunidades tradicionais ou dos agricultores tradicionais, que estabelece, segundo seus usos, costumes e tradições, os mecanismos para o acesso ao conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios de que trata esta Lei.”

Com efeito, conclui-se que, caso o protocolo comunitário estabeleça tipo de prova de consulta prévia e informada diversa das provas previstas no § 1º do art. 9º, o tipo previsto na norma procedimental das comunidades tradicionais sobrepõe-se às formas legais, uma vez que expressam o pluralismo jurídico e a autodeterminação dos povos e das comunidades tradicionais.

Portanto, a Lei n. 13.123/15, no Capítulo III, que tutela os CTA, aplica, contraditoriamente, um sistema que excepciona o direito à consulta prévia e informada, configurando-se grave retrocesso aos direitos dos povos e comunidades tradicionais, visto que oportuniza aos interessados o acesso, o uso e a exploração dos conhecimentos tradicionais, bem como a utilização de um bem de valor cultural sem a necessidade de requerer

qualquer permissão aos seus titulares.

No entanto, fora do Capítulo III do novo regime jurídico, encontram-se ainda outros dispositivos que também representam grave retrocesso aos direitos anteriormente garantidos pela MP aos provedores dos CTA. Nesse aspecto, pode-se destacar a criação de outro sistema negativamente inovador, que atinge imediatamente os povos e as comunidades tradicionais. Esse outro sistema está ligado ao direito de repartição de benefícios resultantes da exploração econômica oriunda de acesso aos CTA.

Apesar de a nova lei, a exemplo da medida provisória em questão, continuar vinculada à repartição de benefícios a eventual resultado econômico, a nova legislação restringiu esse direito e, em diversas hipóteses, suprimiu-o. Com isso, o novo instrumento legal, assim como fez com o direito ao consentimento prévio e informado, trata a obrigação de repartição de benefícios como exceção, prejudicando o desenvolvimento e a liberdade dos titulares de conhecimentos tradicionais associados.

A Lei n. 13.123/15 criou um sistema de isenção de repartição de benefícios que condiciona esse direito à finalidade do usuário dentro da cadeia produtiva, à preponderância do conhecimento tradicional para fins mercadológicos e à natureza jurídica do usuário. Esse sistema, ao lado do sistema de classificação ou de hierarquização dos conhecimentos tradicionais, configura um flagrante retrocesso relacionado à proteção jurídica dos povos tradicionais, uma vez que mitiga e, em algumas hipóteses, suprime o direito à repartição de benefícios, que é um dos dois pilares do desenvolvimento sustentável nesse contexto.

Na MP n. 2.186-16/01 não havia qualquer dispositivo que previsse condicionante, mitigação, lacuna ou exceção ao cumprimento desse instrumento fundamental para a proteção dos CTA. Ao contrário, reconhecendo o valor desse instrumento, a MP previa, no § 4º de seu art. 16, que bastava haver perspectiva de uso comercial do conhecimento tradicional associado para haver a obrigação de firmar, antes do acesso, Acordo de Repartição de Benefício, que era chamado de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios (Curb).

A nova lei, no § 1º de seu art. 17, sujeitou à repartição dos benefícios econômicos oriundos da exploração econômica dos CTA apenas “o fabricante do produto acabado ou o produtor do material reprodutivo, independentemente de quem tenha realizado o acesso”, isentando dessa obrigação, conforme seu § 2º, “os fabricantes de produtos intermediários e desenvolvedores de processos” oriundos de conhecimento tradicional associado,

embora eles tenham auferido lucro por fazerem parte da cadeia produtiva, subvertendo a lógica da responsabilidade civil ambiental solidária.

No caso de produto acabado, ainda que produzido fora do país, o *caput* do mencionado art. 17 determina que só há obrigação de repartir benefícios se o conhecimento tradicional associado for um dos “elementos principais de agregação de valor”, que, por sua vez, conforme definição do inciso XVIII do art. 2º da nova lei, são: “elementos cuja presença no produto acabado é determinante para a existência das características funcionais ou para a formação do apelo mercadológico”.

O Decreto n. 8.772-16/01, no § 3º do art. 43, define apelo mercadológico como

Referência a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado, a sua procedência ou a diferenciais deles decorrentes, relacionada a um produto, linha de produtos ou marca, em quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva, inclusive campanhas de marketing ou destaque no rótulo do produto.

Nesse mesmo dispositivo do decreto existe a previsão de que características funcionais são aquelas que determinam “as principais finalidades, aprimoram a ação do produto ou ampliam o seu rol de finalidades”.

O § 9º do art. 17 supramencionado impõe o cumprimento de mais uma condição para o direito de repartição de benefícios ser atendido ao prever-se a necessidade de o produto acabado e explorado, sujeito a repartição, constar na Lista de Classificação de Repartição de Benefícios. O Decreto nº 8.772-16/01 trouxe, em seu anexo, essa lista que, por uma questão lógica, certamente não conterà um produto inovador lançado pelo mercado; e desse modo, na maior parte das vezes, os fabricantes de produtos não estarão obrigados a repartir benefícios, numa lógica de exclusão injusta e desarrazoada.

A necessidade de cumprimento desses requisitos para a configuração do direito de repartição de benefícios, além de novamente romper com as determinações da CDB, do Protocolo de Nagoya, do Acordo FAO e da Convenção 169 da OIT, acaba transferindo o risco do negócio da “sociedade de fato” que se forma entre usuário e povos e comunidades tradicionais, exclusivamente aos provedores dos CTA, de modo que, se um usuário acessar tais bens, desenvolver produtos e nunca vier a explorá-los, por problemas econômicos, inviabilidade mercadológica ou estratégia de competição, a repartição jamais se efetivará.

No § 5º do art. 17, a lei em análise prevê ainda a possibilidade de pessoas jurídicas com determinadas naturezas jurídicas acessarem e explorarem os conhecimentos tradicionais sem se obrigar à repartição de benefícios. No inciso I desse § 5º é prevista a isenção de repartição de benefícios entre “as microempresas, as empresas de pequeno porte, os microempreendedores individuais, conforme disposto na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006”. Já o inciso II dispõe sobre a isenção dos “agricultores tradicionais e suas cooperativas, com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006”.

Também são isentas da obrigação de repartição de benefícios, nos termos do § 4º do art. 17 da Lei n.13.123/15, as pessoas que exploram economicamente o conhecimento tradicional associado e que realizaram operações de licenciamento, transferência ou permissão de utilização de qualquer forma de direito de propriedade intelectual sobre produto acabado, processo ou material reprodutivo oriundo do acesso ao conhecimento tradicional associado por terceiros.

Interessante que, para incluir o § 4º do art. 17, o legislador teve que suprimir as alíneas a) e b) do inciso II do art. 9º da MP, que garantiam o direito dos povos e comunidades tradicionais de impedir terceiros não autorizados de utilizar, realizar testes, pesquisas, exploração, divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado.

O § 3º do art. 17, ao prever que, “quando um único produto acabado ou material reprodutivo for o resultado de acessos distintos, estes não serão considerados cumulativamente para o cálculo da repartição de benefícios”, estabelece-se uma hipótese que fomenta o sistema de isenção. Como esse dispositivo permite vários acessos sem cumulação para fins de cálculo de repartição, e a notificação do produto ocorre somente depois do cadastro, um conglomerado de empresas pode realizar vários acessos ao mesmo tempo, sendo cada acesso feito por um “braço” desse conglomerado; porém a pessoa jurídica do grupo que notifica e explora o produto acabado ou o material reprodutivo oriundo do acesso é a que tem uma das naturezas jurídicas previstas no § 5º do art. 17, possibilitando que todo o conglomerado seja isento de repartir benefícios.

A nova lei, em seu art. 18, trata da repartição dos benefícios relacionados com as atividades agrícolas, definidas no inciso XXIV do art. 2º, como “atividades de produção, processamento e comercialização de



alimentos, bebidas, fibras, energia e florestas plantadas”. Esse dispositivo segue a premissa injusta de transferência do risco do negócio para os povos e as comunidades tradicionais e do sistema de isenção de repartição de benefícios.

Ressalta-se que a nova lei, ao incluir como atividade agrícola as atividades de processamento e comercialização, vai de encontro à definição encontrada na Lei n. 8.171/91, que dispõe sobre a política agrícola. O inciso I do art. 2º dessa lei dispõe que

Atividade agrícola compreende processos físicos, químicos e biológicos, onde os recursos naturais envolvidos devem ser utilizados e gerenciados, subordinando-se às normas e princípios de interesse público, de forma que seja cumprida a função social e econômica da propriedade.

Com efeito, quando o § 2º do art. 18 do decreto dispõe que “incluem-se no conceito de energia previsto no § 1º os biocombustíveis, tais como etanol, biodiesel, biogás e cogeração de energia elétrica a partir do processamento de biomassa”, fica evidente que a lei e o decreto contextualizam suas regras relacionadas aos CTA e às atividades agrícolas para favorecer as atividades desenvolvidas pelo agronegócio, em detrimento da proteção aos CTA e da biodiversidade.

Outro retrocesso significativo encontrado na nova legislação fora do Capítulo III, sem previsão na MP revogada, que atinge a proteção dos conhecimentos tradicionais, é a criação de um teto para repartição de benefícios econômicos resultantes da exploração de CTA de origem não identificável no percentual de 1% da receita líquida anual obtida com a exploração econômica para a repartição de benefícios, que pode ser reduzido até 0,1%, por intermédio da celebração de acordo setorial.

Nas disposições finais, ao normatizar a concessão do direito de propriedade intelectual obtido a partir de acesso a CTA, o novo regime, no art. 47, não repete em seu texto a obrigação imposta no art. 31 da MP, que determinava que, para a concessão do direito de propriedade intelectual, deveria ser observada a anuência prévia e a repartição de benefícios; e que, quando fosse o caso, que o requerente da concessão deveria informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado. A lei, ao invés de manter a redação da MP que embasou durante muito tempo a postura brasileira junto à comunidade internacional, condiciona a concessão da propriedade intelectual apenas ao cadastramento e, excepcional-

mente, à autorização, rompendo a necessidade de observância da função social da propriedade. Nesse sentido Juliana Santilli considera que

O cadastro não oferece nenhuma garantia de que o usuário obteve o consentimento prévio da comunidade detentora (exigido no caso de CTA de origem identificável) ou de que o usuário fez a repartição de benefícios, em qualquer das modalidades previstas na própria lei (SANTILLI, 2015, p. 278).

Assim, no aspecto relacionado à propriedade intelectual, o legislador, sustentou a incoerente postura brasileira perante a comunidade internacional de não ratificar o Protocolo de Nagoya, apesar de o Brasil ter liderado o bloco dos países chamados “megadiversos” no processo de negociação desse protocolo - um acordo que estabelece instrumentos que propiciam maior segurança jurídica tanto para os provedores quanto para os usuários dos CTA.

Nas palavras de Aubertin e Filoche (2011, p. 51) *“In spite of some condemnation and some rather measured responses (for instance, that of the European Union), the Nagoya Protocol is a genuine compromise text, satisfying both supplier and user States”*.

Portanto, a Lei n. 13.123/15 trouxe, em seu texto, diversos dispositivos que mitigaram e suprimiram direitos que já estavam garantidos aos provedores dos CTA na MP n. 2.186-16/01, violando os princípios do não retrocesso ambiental, da progressividade dos direitos humanos e, conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo lembra Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 8),

A proibição de retrocesso, nesse cenário, diz respeito mais especificamente a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais (e da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto – e de modo especial - infraconstitucional (quando estão em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes), mas também proteção em face da atuação da administração pública.

Nesse contexto, ao restringir e suprimir direitos relacionados aos CTA, o novo marco legal viola ainda direitos culturais dos povos e comunidades tradicionais, que são direitos fundamentais em razão de serem indissociáveis do princípio da dignidade da pessoa humana.

### **3 A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS PELA LEI N. 13.123/15**

O art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) trata dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESCs) e dispõe que

Os Estados-partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Essa previsão é complementada pelo art. 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, chamado de Protocolo de San Salvador (PSS), o qual prevê que

Os Estados-partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

Diante da redação dos dispositivos acima, verifica-se que o conteúdo do art. 26 da CADH e do art. 1º do PSS refletem o chamado Princípio da Progressividade dos Direitos Humanos. Esses dispositivos impõem cláusulas gerais, que devem ser observadas pelo Estado-parte a fim de garantir o caminhar rumo ao aprimoramento da proteção à dignidade da pessoa humana, sem retrocessos.

O PSS, cumprindo o papel de complementar a CADH, depois de dispor sobre as cláusulas gerais, enumera os direitos tutelados impondo medidas específicas, de cunho obrigatório, que devem ser cumpridas pelo Estado-parte para assegurar o gozo desses direitos e, conseqüentemente, refletir o respeito ao princípio da progressividade.

Com efeito, impende destacar que, apesar de o princípio da pro-

gressividade previsto na CADH e no PSS estar ligado aos DESCs, esse princípio, em razão da invisibilidade dos Direitos Humanos, permeia os Direitos Humanos como um todo fundamentado na dignidade da pessoa humana.

Entre as cláusulas específicas de cunho obrigatório, o PSS prevê, em seu art. 14, o direito aos benefícios da cultura como um direito humano sujeito à progressividade, estabelecendo, no art. 14.1, que

Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a: a. Participar na vida cultural e artística da comunidade; b. Gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico; c. Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora.

O art. 14.2 do PPS determina que, “entre as medidas que os Estados-partes neste Protocolo deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, figurarão as necessárias para a conservação, o desenvolvimento e a divulgação da ciência, da cultura e da arte”. Já o art. 14.3 prevê que “os Estados-Partes neste Protocolo se comprometem a respeitar a liberdade indispensável para a pesquisa científica e a atividade criadora”.

Por fim, o art. 14.4 estabelece que

Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais e, nesse sentido, comprometem-se a propiciar maior cooperação internacional nesse campo.

Para Terezo (2014, p. 114), é necessário compreender o princípio da progressividade:

Diante dos objetivos propostos quando da elaboração e aprovação do *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, cuja essência da constituição da *Internacional Bill of Rights* está voltada para a realização integral de todos os Direitos Humanos garantida pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.

Essa percepção é de extrema relevância, ao passo que a redação vaga dos dispositivos que consagram o princípio da progressividade, ao preverem apenas que os Estados-Partes se comprometem a adotar medidas

que visem assegurar progressivamente o pleno exercício dos DESCs, levou ao debate sobre a acionabilidade dos DESCs. No entanto, essa discussão foi superada e, atualmente, a doutrina mais balizada entende que “é possível (para além de ser jurídica) a acionabilidade dos direitos que decorrem das normas de cunho social” (MAZZUOLI, 2015, p. 90). Dessa forma, as normas que refletem o princípio da progressividade são imperativas e de aplicação imediata.

Essa visão é endossada por Abramovich e Courtis (2002, p. 93), ao afirmarem que

De esta obligación estatal de implementación progressiva de los derechos económicos, sociales e culturales, pueden extraerse algunas obligaciones concretas, pasibles de ser sometidas a revisión judicial em caso de incumplimiento.

A doutrina não costuma conceituar objetivamente o princípio da progressividade, mas analisa o conceito e os desdobramentos do termo *progressividade* para interpretar o alcance da norma. Abramovich e Courtis (2002, p. 93) se posicionam nesse sentido:

La noción de progresividad abarca dos sentidos complementários: por um lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos em el Pacto supone uma cierta *gradualidad*. (...) De allí que la noción de progresividad implique um segundo sentido, es decir, el de *progreso*, consistente em la obligación estatal em mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

Da concepção apresentada acima se verifica a interface entre o princípio do desenvolvimento progressivo e o princípio do não retrocesso, objeto de análise deste artigo em face dos dispositivos do novo regime jurídico que trata dos conhecimentos tradicionais associados. Nas palavras de Abramovich e Courtis (2002, p. 93-94),

La obligación mínima assumida por el Estado al respecto es la obligación de *no regressividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional repectivo, o bien em cada mejora (progressiva)

Nessa mesma linha, Meza Flores (2010, p. 1149), ao analisar o desenvolvimento progressivo considera que

Desde esa perspectiva, al existir como obligación primigenia el “desarrollo progresivo”, se debe entender que hay una prohibición correlativa de “no realización de medidas regresivas” sin justificación, las cuales, de llevarse a cabo, incumplirían con las obligaciones prescritas en el PIDESC y en el artículo 26 de la Convención Americana.

Piovesan (2015, p. 257) destaca a estreita relação da aplicação progressiva dos DESCs com a proibição do retrocesso social, à qual se vincula a “proibição da inação ou omissão estatal, na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação dos direitos sociais”.

A Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2005, ao aprovar a Resolução n. 2.074 (XXXV-O/05), ao fixar as regras de elaboração dos Relatórios Periódicos<sup>2</sup>, atendendo ao disposto no art. 19 do Protocolo de San Salvador, definiu o que são medidas regressivas: “*Se recuerda que por medidas regresivas se entienden todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido*”.

Desse modo, é possível perceber que o princípio do desenvolvimento progressivo atua como parâmetro para a aplicação do princípio da vedação do retrocesso e vice-versa, apesar de esse princípio não ser absoluto. Segundo lembra Ramos (2015, p. 15), “o Estado pode optar por políticas sociais menos onerosas ou políticas públicas mais eficientes, desde que o resultado final de maior efetividade aos direitos protegidos seja obtido”. Entretanto, não foi o que ocorreu com a sanção da Lei n. 13.123/15, especialmente no que tange aos dispositivos que tutelam os CTA.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em algumas oportunidades, enfrentou matéria que envolvia o princípio da progressividade, nos termos dispostos no art. 26 da CADH, e as medidas obrigacionais expostas no Protocolo de San Salvador.

Em 2003, no Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru, a CIDH, ao enviar a demanda para a Corte IDH, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) requereu a condenação do Estado do Peru em razão do

<sup>2</sup> Na tentativa de reduzir a dificuldade de monitorar o cumprimento do princípio da progressividade, o SIDH criou os Relatórios Periódicos, que é um documento que - pode-se dizer - busca objetivamente demonstrar o grau de respeito as obrigações previstas no Protocolo de San Salvador.

## descumprimento do art. 26 da CADH, ressaltando que

La obligación establecida en el artículo 26 de la Convención implica que los Estados no pueden adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado, sin perjuicio de que en supuestos excepcionales y por aplicación analógica del artículo 5 del Protocolo de San Salvador, pudieran justificarse leyes que impongan restricciones y limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2003, p. 62).

Nesse caso, a Corte, pela primeira vez, pronunciou-se diretamente sobre o direito ao desenvolvimento progressivo, destacando que

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas<sup>158</sup>, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2003, p. 64).

Em voto concorrente presente no anexo da sentença referente ao caso acima comentado, o juiz Roux Rengifo, apesar de concordar com a sentença pela declaração da não violação do princípio da progressividade, o faz por razões diferentes das expostas na sentença:

Sin embargo, el razonamiento según el cual solo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer -a diferencia de lo que ocurre con la Comisión- una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas

determinadas, sin que la Convención exija éstas tengan que alcanzar determinado número (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2003, p. 4).

Em 2005, o Caso Comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguai, tratou do direito a propriedade “comunal” da Comunidade, que havia sido expulsa das suas terras. A Corte, seguindo o posicionamento da indivisibilidade dos direitos humanos e do caráter individual e coletivo desses direitos, ao apreciar, a luz do ordenamento jurídico internacional, se o Estado do Paraguai adotou as medidas positivas apropriadas para satisfazer uma obrigação, utilizou o dever do desenvolvimento progressivo, previsto no art. 26 da CADH, como parâmetro para o julgamento:

En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>204</sup>, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2005, p. 88).

Como se vê, o princípio da progressividade tem-se consolidado na jurisprudência interamericana ao ponto de a Corte, assim como realiza interpretação ampliativa do direito à vida, conceder um caráter transversal a este princípio, o utilizá-lo para balizar violações das várias dimensões de direitos humanos, previstas na CADH e no PSS, seja de cunho individual ou coletivo.

Considerando esse cenário, voltam-se os olhos para a Lei n. 13.123/15 e observa-se com clareza que a sistemática de regresso por ela



aportada em tudo se choca com o art. 26 da CADH, indo de encontro também à jurisprudência da Corte IDH.

O sistema de classificação ou hierarquização dos CTA e o sistema isenção de repartição de benefícios da Lei n. 13.123/15 não refletem a “plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura”, conforme previsto no art. 26 da CADH, ficando evidente que não foram adotadas no âmbito interno providências econômicas e técnicas a fim de assegurar a progressividade dos Direitos Humanos, como o direito à cultura dos povos e comunidades tradicionais provedores de CTA.

Dessa feita, as regras da nova lei que protegem os CTA violam não só as cláusulas gerais que refletem o princípio da progressividade como também a medida de cunho obrigatório prevista no art. 14 do PSS, que impõe aos Estados-partes a garantia ao direito dos benefícios da cultura.

A nova legislação não concede aos povos e comunidades tradicionais o direito de “gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico”, não beneficiam nem protegem esses povos “dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude” de serem titulares dos CTA, não refletem a adoção de medidas para assegurar a conservação e o desenvolvimento da cultura desses povos e não respeitam as liberdades relacionadas à atividade criadora, acabando por não propiciar cooperação internacional no campo da cultura.

Com isso, o Brasil, ao aprovar a Lei n. 13.123/15, não adotou as medidas específicas necessárias para assegurar aos povos e comunidades tradicionais o direito aos benefícios da cultura, violando os arts. 14.1, b), 14.1, c) 14.2, 14.3 e 14.4 do Protocolo de San Salvador.

Importante destacar que, entre as consequências do descumprimento dos tratados internacionais em debate, está a possibilidade de o Brasil ser condenado a reparar os danos causados ao patrimônio e à identidade cultural dos povos e comunidades tradicionais, bem como de ser obrigado, mediante o controle de convencionalidade da lei, a adotar legislação adequada ao art. 26 da CADH e aos arts. 1º e 14 do Protocolo de San Salvador.

Desse modo, certamente, os sistemas de classificação dos CTA e de isenção de repartição de benefícios implantados pela Lei n. 13.123/15, que reduziram significativamente a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados, violando o princípio da progressividade e que já são alvo das mais diversas críticas e questionamentos por parte da socie-

dade civil e dos órgãos que têm o dever de guardar a legislação pátria, devem ser objeto de demandas perante o Poder Judiciário brasileiro e a Corte IDH, a fim de sujeitar esse aspecto da nova lei ao controle de convencionalidade.

## CONCLUSÃO

Conforme a análise realizada, é possível observar a inadequação fatal da Lei n. 13.123/15 em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Protocolo de San Salvador e das demais normas internacionais citadas anteriormente.

De fato, a nova legislação e seu decreto regulamentador estabelecem um grave quadro de perda de direitos dos CTA que não pode ser admitido no Estado Democrático de Direito, ao qual se impõe a constante progressão das medidas a respeito dos direitos humanos e veda qualquer retrocessão na caminhada rumo à afirmação de fortalecimento de direitos humanos.

Tal circunstância é ainda mais grave ao se perceber que a mencionada legislação fere diretamente grupos vulneráveis, aos quais deveria ser dedicada especial proteção, conforme o cenário vigente do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

As circunstâncias aqui apontadas levam à forçosa conclusão de que é possível vislumbrar uma norma que traz disposições inconvenientes cuja aplicação deve ser afastada em face de seu caráter restritivo de direitos.

Portanto, para que o novo marco legal deixe a condição de instrumento legal passível de controle de convencionalidade, ele deve, no mínimo, reestabelecer os direitos antes assegurados sobre os CTA, principalmente a necessidade indiscriminada do consentimento prévio informado para acesso aos conhecimentos e a obrigação de repartição de benefícios para a exploração dos CTA de forma incondicionada, de modo que esses dois pilares do desenvolvimento sustentável voltem a ser regra, e não exceção, como se vê na atual legislação.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Chirstian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

AUBERTIN, Catherine; FILOCHE, Geoffroy. *The Nagoya Protocol on the use of genetic resources: one embodiment of na endless discussion*. *Sustentabilidade em Debate*. v. 2, n. 1, p. 51-64, jan./jun. 2011.

BARROS, Benedita da Silva et al. *Proteção ao conhecimento das sociedades tradicionais*. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi: Centro Universitário do Pará, 2006.

CONSULTÓRIO JURÍDICO (CONJUR). *Controle de Convencionalidade dos Tratados Internacionais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador*. Disponível em: <[www.scm.oas.org/doc\\_public/SPANISH/HIST\\_05/CP14454S04.doc](http://www.scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_05/CP14454S04.doc)>. Acesso em: 15 maio 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentença 27 de junho de 2012*. Disponível em: <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)>. Acesso em: 26 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Peru. Sentença 28 de fevereiro de 2003*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_98\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf)>. Acesso em: 26 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Sentença 17 de junho de 2005*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)>. Acesso em: 26 nov. 2016.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais com direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica. 2000.

DALLAGNOL, André. *Biopiratas no controle: uma breve história da aprovação do Marco Legal da Biodiversidade no Brasil*. Boletim Raízes: O Marco Legal da Biodiversidade e a financeirização da natureza. Série Marcos de financeirização de bens naturais comuns e as restrições ao livre uso da agro e biodiversidade. Terra de Direitos. Curitiba, dez. 2015.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Comunidades indígenas e tradicionais boicotam audiência do MMA sobre lei de biodiversidade*. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/comunidades-indigenas-e-tradicionais-boicotam-audiencia-do-mma-sobre-lei-de-biodiversidade>>. Acesso em: 1º ago. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). GRUPO DE TRABALHO DE CONHECIMENTOS TRADICIONAIS DA 6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica: Objeto Projeto de Lei nº 7.735/2014*. 2014. Disponível em: <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/NT\\_PL7735-2014.pdf](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/NT_PL7735-2014.pdf)>. Acesso em: 8 ago. 2016.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Forense. 2015.

MEZA FLORES, Jorge Humberto. *La protección de los derechos económicos, sociales e culturales en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos*. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n132/v44n132a5.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurí-*

*dica à diversidade biológica e cultural*. Publicado pela Editora Peirópolis, Instituto Socioambiental e Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

SANTILLI, Juliana. *Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: o novo regime jurídico de proteção*. *Revista de Direito Ambiental*. v. 80, ano 20. p. 259-285. São Paulo: RT, out./dez. 2015.

SARLET, I. W; FENSTERSEIFER, T. *Notas sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental*. Disponível em: <[http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20131207162429\\_2438.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207162429_2438.pdf)> Acesso em: 10 maio. 2016.

TÁVORA, F. L. *et al. Comentários à Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015 (Texto para Discussão nº 184). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td184>> Acesso em: 20 fev. 2016.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014.

Artigo recebido em: 02/03/2017.

Artigo aceito em: 16/08/2017.

### **Como citar este artigo (ABNT):**

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; CONDE, Leandro Barbalho. A Lei n. 13.123/2015 e o Retrocesso na Proteção dos Conhecimentos Tradicionais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 175-205, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1017>>. Acesso em: dia mês. ano.



# **CRISE DA RACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE NO MERCADO DE COMBUSTÍVEIS NO ESTADO DA PARAÍBA**

**Ana Celecina Lucena da Costa Rangel**

Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).  
Especialização em Gestão ambiental pela Faculdades Integradas de Jacarepaguá (FIJ)  
Email: anaceluc@gmail.com

**Belinda Pereira da Cunha**

Pós-doutora pela Universidad Nacional Autónoma de Mexico (UNAM).  
Doutora em Direito pela Pontificia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).  
Professora e Coordenadora do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciências Jurídicas  
da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).  
Email: belindacunha@hotmail.com

**Renan Aversari Câmara**

Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).  
Professor na graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).  
Email: a.c.renan@gmail.com

## **RESUMO**

O artigo pretende apresentar uma análise introdutiva da temática, objetivando examinar alguns dos principais aspectos relativos à produção e consumo da gasolina e do etanol, em âmbito nacional e regional, particularmente no estado da Paraíba, contrapondo com a crise ambiental posta hodiernamente, embasados nos ensinamentos de Enrique Leff. Aponta, conjuntamente: o crescimento do número de veículos em circulação no Brasil e na Paraíba, no período de 1998 a 2016, relacionando-o tanto ao crescimento de emissão dos gases do efeito estufa quanto aos custos de produção da gasolina e etanol, bem como ao preço para o consumidor final; à formação dos preços desses combustíveis, com particular ênfase na tributação; e à sustentabilidade da produção e uso do etanol. Para isso, realizou-se uma pesquisa com cunho exploratório-descritivo, comparativo, quali-quantitativo e bibliográfico-documental, assumindo como técnica de análise de dados a denominada análise SWOT. Conclui-se, entre outros aspectos, que a produção do etanol oferece maiores vantagens quando comparada com a da gasolina, devendo ser estimulado o seu consumo massificado. Contudo, cabe ao setor sucroalcooleiro tornar o mercado

sustentável, principalmente em termos socioambientais. Permanecer do modo como está só agravará os sintomas da atual crise ambiental mundial.

**Palavras-chave:** Meio ambiente; Crise ambiental; Matriz energética; Sustentabilidade.

*RATIONALITY CRISIS AND SUSTAINABILITY IN THE MARKET OF  
FUELS IN THE STATE OF PARAÍBA*

**ABSTRACT**

*The article aims to present an introductory analysis of the theme, aiming to examine some of the key aspects of the production and consumption of gasoline and ethanol, at national and regional levels, particularly in the state of Paraíba, contrasting with the environmental crisis set in our times, based on the teachings Enrique Leff. Points together: the growing number of vehicles in circulation in Brazil and Paraíba from 1998 to 2016, relating to the growth of emissions of greenhouse gases; gasoline and ethanol production costs and the price to the end consumer; the formation of prices of these fuels, particularly with an emphasis on taxation; and the sustainable production and use of ethanol. For this, a survey was conducted with descriptive exploratory nature, comparative, qualitative and quantitative and bibliographic and documentary, taking as data analysis technique called a SWOT analysis. It is concluded, among other things, that the ethanol production offers major advantages when compared with gasoline and must be stimulated their mass consumption. However, it is the sugarcane industry make sustainable market, especially in social and environmental terms. Stay the way it is it will only aggravate the symptoms of today's global environmental crisis.*

**Keywords:** *Environment; Environmental crisis; Energy Matrix; Sustainability.*



## INTRODUÇÃO

Uma das questões refletivas da crise ambiental da atualidade e há muito debatida é a pertinente à preservação e utilização racional dos recursos naturais, especificamente quanto ao uso de combustíveis fósseis, dentre os quais se releva o petróleo. O emprego frequente desta fonte de energia não renovável dá-se especialmente por sua conversão em gasolina, para a indústria e para os veículos automotores.

Como reflexos negativos sobre o ecossistema, originados pelo uso indiscriminado deste insumo, pode-se mencionar a emissão, para a atmosfera, dos denominados gases de efeito estufa (GEE), provocadores, entre outros efeitos, do aquecimento global e da contaminação dos solos e da água.

Os resultados já compilados e anunciados pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI, 2014), relativos às estimativas de emissões de gases do efeito estufa, demonstram um crescimento destas, especialmente no setor energético (devido, entre outros fatores, à queima de combustíveis e emissões fugitivas da indústria de petróleo, gás e carvão mineral), de 187,739 milhões de toneladas, em 1990, para 446,154 milhões de toneladas em 2012.

Diante disso, a racionalidade econômica, decorrente de uma economia neoliberal, acaba por permitir práticas danosas, poluentes e degradantes ao meio ambiente, uma vez que as regras de mercado estão sempre a se utilizar de meios menos dispendiosos, visando maximizar os lucros, independente se o resultado econômico também desencadeie um risco ambiental mediato ou imediato.

A máxima dos agentes econômicos envolvidos neste mercado é: internalizar os ganhos e externalizar os custos, pela indução ao consumo de bens e serviços danosos não só à preservação e proteção do meio ambiente, bem como a seus respectivos recursos naturais.

Uma das alternativas viáveis a uma mudança estrutural nesse setor e promotora de desenvolvimento sustentável dá-se pelo estímulo e permuta na produção e consumo do petróleo, gás e carvão mineral pelos combustíveis renováveis e de baixa emissão de carbono, a exemplo do etanol.

Como bem assevera Grisoli (2011), diversas iniciativas estão em desenvolvimento com o fito de indicar fatores de sustentabilidade aos biocombustíveis, de forma que possam cumprir sua proposição de suprir a

matriz energética do setor, contornando as externalidades negativas que venham a impactar o meio ambiente.

De fato, e conforme se depreende de diversos estudos na área, este recurso natural, conjuntamente com outras modalidades de recursos renováveis, apresenta-se econômica, social e ambientalmente mais viável em comparação à persistência na utilização de recursos não renováveis, como o petróleo, que, embora promovam o crescimento econômico, comprometem a continuidade da existência de uma vida sadia no planeta.

A ciência moderna permitiu um considerável aporte de conhecimento científico que demonstra a fragilidade e os limites da terra, que levou “milhões de anos para produzir os seus variados recursos naturais”, porém, não mais suporta o nível atual de contaminação a que está submetida (NEGRET, 2001, p. 107).

Assim, este artigo pretende apresentar uma análise introdutiva da temática, objetivando examinar alguns dos principais aspectos relativos à produção e consumo da gasolina e do etanol, em âmbito nacional e regional, particularmente no estado da Paraíba, contrapondo com a crise ambiental posta hodiernamente, tendo como base os ensinamentos de Enrique Leff.

Dentre os objetivos específicos, apresentam-se os seguintes:

- Apresentar o crescimento do número de veículos em circulação no Brasil e na Paraíba, no período de 1998 a 2016 (apenas os modelos movidos a gasolina e etanol), no intuito de relacionar esses dados com o crescimento de emissão dos gases do efeito estufa;

- Delinear os custos de produção da gasolina e do etanol, bem como o preço ao consumidor final;

- Enunciar a formação dos preços desses combustíveis, em particular do etanol, com particular ênfase na tributação (Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), principalmente);

- Analisar a sustentabilidade da produção e uso do etanol, com base na análise SWOT (sigla em inglês para *Strength*, *Weakness*, *Opportunities* e *Threats*); e

- Traçar um paralelo entre esses pontos e a atual crise ambiental no setor energético.

A pesquisa, com cunho exploratório-descritivo, comparativo, qualiquantitativo e bibliográfico-documental (GIL, 2008), assumiu como

técnica de análise de dados a denominada análise SWOT, pela investigação, respectivamente, das forças, fraquezas, oportunidades e ameaças relacionadas à produção do etanol (JANNUZZI; GOMES, 2009), demonstrando-se o potencial deste combustível para a redução das externalidades produzidas pelo consumo da gasolina, bem como seus aspectos negativos, de forma a dar concordância lógica com o arcabouço teórico exposto no trabalho, focado em aspectos pertinentes e adequados ao estudo, a exemplo da racionalidade ambiental, crise ambiental, sustentabilidade, economia ecológica, entre outros.

Acredita-se, por fim, que a pesquisa contribui cientificamente de forma empírica e multifacetada, influenciando na percepção dos setores econômicos eleitos, do consumidor final, do Estado ou, de uma forma global, da sociedade.

## **1 ANÁLISE COMPARATIVA DO CONSUMO DE COMBUSTÍVEIS NO BRASIL E NO ESTADO DA PARAÍBA**

Em um primeiro plano, faz-se mister elencar a quantidade de automóveis em circulação no Brasil, dado necessário para demonstrar a escala e importância do estudo.

Para tanto, foi selecionada, dentre os números atualizados até dezembro de 2016, fornecidos pelo Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN), apenas a classe de automóveis com tecnologia *flex*, excluindo-se motocicletas, tratores, ônibus, caminhões, entre outros. Desse modo, para esta colação, selecionaram-se exclusivamente os veículos automotores classificados como categoria B (carros) pelo Código Trânsito Brasileiro (CTB).

Isto posto, tem-se que o número de carros em circulação no Brasil, no ano de 1998, totalizava 17.819.843; em dezembro de 2016, atingiu o patamar de 51.296.982 (DENATRAN, 2017). Neste período, no estado da Paraíba, o número passou de 124.187 para 483.927 automóveis (DENATRAN, 2017).

É válido salientar que até o ano de 2003, quando a frota nacional era de cerca de 23 milhões de automóveis (169.440 na Paraíba), ainda não estavam em circulação os carros com tecnologia *flex*, tendo o consumidor que optar, exclusivamente, por veículos movidos a álcool ou a gasolina. Anteriormente à implementação daquela tecnologia, a indústria automobilística do etanol acabava sendo supressiva.

Com o fim da crise do petróleo e o aumento da extração nacional no início dos anos 90, houve um incentivo sem precedentes à indústria petrolífera brasileira. Tal fato acabou por esvanecer a produção do etanol até à inserção (e consolidação) no mercado dos automóveis com tecnologia *flex*. Com este advento tecnológico, o consumo do etanol tornou-se mais tangível; todavia, não suplantou o da gasolina, como constatado a seguir.

Proporcionalmente ao aumento da frota de automóveis, houve o aumento da emissão do dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) e dos gases do efeito estufa, conforme dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD).

Assim, refletindo um fenômeno mundial, o Brasil passou de cerca de 271 milhões de toneladas de CO<sub>2</sub>, em 1998, para 476 milhões de toneladas de CO<sub>2</sub> em 2014, restando notória a linearidade da participação deste setor no volume de emissões estimado. De idêntico modo, embora com percentual bem menos expressivo, os gases do efeito estufa passaram de 709.934 mil toneladas, em 1998, para um pouco mais de 1 milhão de toneladas no ano de 2012 (OECD, 2017).

No ano de 2016, segundo dados da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), o volume de etanol vendido no território nacional chegou a 14,586 bilhões de litros, ao passo que foram consumidos mais de 43,019 bilhões de litros de gasolina do tipo C. Já no estado da Paraíba, no ano de 2015, o patamar de consumo do etanol chegou aos 131 milhões de litros, contrapondo-se aos 662 milhões de litros de gasolina (ANP, 2017). Revela-se, assim, uma enorme discrepância no padrão de consumo das referidas matrizes energéticas.

Todavia, segundo dados extraídos da ANP (2013), a partir da inserção e consolidação dos motores com tecnologia *flex* no mercado, em 2004, detectou-se a elevação do consumo do etanol hidratado em todos os estados brasileiros.

Atualmente, constata-se considerável diminuição nas vendas devido a políticas de indução ao consumo da gasolina, por diretrizes economicistas influenciadas pela indústria do petróleo. Outrossim, a crise no setor sucroalcooleiro e a falta de investimentos necessários para a sua superação, a partir do ano de 2009, causaram o aumento dos preços em todas as fases do produto, bem como a retração no consumo do etanol, impedindo que a produção acompanhasse a demanda (ANP, 2013).

Isto acaba por evidenciar que o consumo de determinado produto, ainda que ambientalmente menos impactante, não se constitui como

uma questão de ética, mas, de fato, como uma condição econômica.

Acerca desta constatação, Leff (2004b) ressalta um aspecto relevante da crise ambiental atual, em que inexistente qualquer consideração do meio ambiente por parte do agente econômico que, visando apenas maximizar os lucros a curto prazo, extrai e transforma destrutivamente os recursos naturais, estimulando o hiperconsumo, direcionado a mercados e/ou a produtos específicos, mesmo que sejam insustentáveis.

A racionalidade econômica impôs um padrão de produção e consumo tendentes a satisfazer necessidades enganosas, criadas pelo próprio sistema econômico, decorrentes da superexploração dos recursos renováveis ou não (LEFF, 2004b), corrompendo o homem e a sociedade em sua relação intrínseca com o ambiente.

Todavia, faz-se premente uma quebra de paradigma do setor energético, pela implementação de incentivos massivos à produção e consumo do etanol e de outros insumos ecologicamente corretos, substitutivos da gasolina, não só pelo fato de aquele ser um recurso natural renovável, mas principalmente em função da sustentabilidade inerente a ele, sob todos os aspectos (social, econômico e ambiental), os quais serão adiante explicitados.

Exemplificativamente, no concernente ao custo de produção, segundo a Associação dos Plantadores de Cana-de-Açúcar da Paraíba (AS-PLAN-PB, 2017), o custo médio de produção do etanol brasileiro ainda é o menos dispendioso do planeta, girando em torno de US\$ 0,18 (cerca de R\$ 0,56, com a cotação do dólar comercial de fevereiro de 2017). Contudo, cabe ressaltar que o custo de produção do etanol é variável a cada safra.

Conforme a Petróleo Brasileiro S.A (PETROBRAS, 2017), o custo de produção da gasolina do tipo C ocorre em torno de 30% (trinta por cento) do valor final de venda, cerca de R\$ 1,125 o litro (ANP, 2017). Considerando-se ainda o grau médio de eficiência energética do etanol em comparação com a gasolina do tipo C, qual seja, 70% (setenta por cento), já contabilizado o custo de produção, percebe-se a viabilidade econômica da substituição do segundo pela primeira modalidade de combustível.

Ademais, além do preço bruto da produção do etanol ser consideravelmente inferior ao da gasolina, o valor percentual relativo à tributação desses combustíveis também é muito divergente, a exemplo do que ocorre no estado da Paraíba (1996).

Em relação à gasolina, incidem os seguintes tributos: o Programa de Integração Social e a Contribuição para Financiamento da Seguridade

Social (PIS/COFINS), no percentual de 8% (oito por cento), a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), no percentual de 2% (dois por cento) e o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), no percentual de 29% (vinte e nove por cento), além dos custos do etanol anidro, no percentual de 14% (quatorze por cento) e das operações de distribuição e/ou revenda, no percentual de 17% (dezesete por cento). (PETROBRAS, 2017). Já sobre o etanol, não há incidência de PIS/COFINS nem da CIDE, mas apenas o ICMS, a uma alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

Com o preço bruto de produção, somam-se os dividendos a título de lucro de distribuição e revenda, bem como a tributação, para chegar-se ao preço final do combustível para o consumidor.

Especificamente no estado da Paraíba, os dados divulgados pela Agência Nacional do Petróleo (2017) corroboram com as informações anteriormente citadas, pois, para a composição do preço final do etanol, percebe-se que os custos relativos à tributação e à produção são substancialmente inferiores, quando comparados aos da gasolina. E ainda que as despesas referentes à distribuição e à revenda do etanol estejam em patamar acima daqueles praticados para a gasolina, custam, em média, um real a menos por litro.

O Brasil ocupa posição de destaque na produção do etanol de cana-de-açúcar, principalmente pelo balanço energético mais favorável, bem como pelos baixos custos de produção, especificados anteriormente, o que lhe garante o título de maior exportador desse biocombustível (GRISOLI, 2011).

Apesar disso, a título exemplificativo, saliente-se que no estado da Paraíba, no mês de fevereiro de 2017, segundo a ANP (2017), o preço médio do etanol era de R\$ 2,864, ao passo que o preço médio da gasolina naquele período estava cotado a R\$ 3,749. Igualmente ocorre nos demais estados, onde, em oposição ao custo de produção, o preço destinado ao consumidor final do etanol opera acima dos 70% do preço final da gasolina, direcionando, desta forma, para o consumo deste.

Desta feita, verifica-se a predileção pelo consumo da gasolina do tipo C, em detrimento do etanol hidratado, permitindo-se inferir, assim, que, apesar de o custo da sua produção ser mais atrativo, em termos financeiros, a majoração do preço ao consumidor final acaba desestimulando o seu consumo.

As influências externas do mercado, bem como as pressões de grupos econômicos e seus interesses na indústria do petróleo, tornam a oferta final ao consumidor da gasolina mais apazível, coadunando-se com a lógica do mercado de acumulação capitalista, indutora e modeladora da demanda e do atendimento das “necessidades” da sociedade (LEFF, 2004a).

Essa condução manietada da produção e do consumo, não restrita ao setor energético, revela o comportamento inescrupuloso dos agentes econômicos, condizente com um tratamento mercantilizado dos bens ambientais e revelador de uma crise ambiental sem precedentes, que compromete as condições de existência da humanidade.

Diante disso, Enrique Leff propõe a redefinição do sistema econômico vigente para uma economia ecológica, que se atente criticamente para a “degradação ecológica e energética resultante dos processos de produção e consumo”, e sujeite “o intercâmbio econômico às condições do metabolismo geral da natureza” (LEFF, 2004a, p. 44).

## **2 ANÁLISE DA SUSTENTABILIDADE DA PRODUÇÃO E CONSUMO DO ETANOL**

Dentre os efeitos decorrentes da produção do etanol, denominados externalidades, podem-se enumerar os mais relevantes, de forma a legitimar a indução do seu consumo no mercado. Isto posto, o que se busca é a manutenibilidade do correto equilíbrio ambiental, conforme os ditames elencados no art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Doutra forma, não existiria razão para o favorecimento de um produto tão danoso ao ambiente quanto o atualmente predominante, derivado do petróleo.

Neste aspecto, Paixão e Fonseca (2011, p. 53) estabelecem, com propriedade, o significado do verbete sustentabilidade, sob a ótica econômica, que “implica boa gestão dos recursos naturais, associada à minimização dos custos provocada pelo uso destes recursos para garantir perenidade ao processo produtivo”.

Visto isso, torna-se imperioso conhecer os principais aspectos (positivos e negativos), no que diz respeito à produção do etanol, e as medidas a serem tomadas de forma a elevar o grau de sustentabilidade.

Conforme enunciam Paixão e Fonseca (2011), a maior preocupação do setor sucroalcooleiro brasileiro consiste na eliminação da queima da cana-de-açúcar na fase agrícola, pois, apesar de ser a forma de manejo



mais favorável ao trabalhador rural, recurso predominante nesta fase da produção, alude a externalidades ambientais negativas de grande relevância, tais como a destruição e degradação de ecossistemas, danos às características físicas do solo, liberação de gases e partículas poluentes, além de emissão de GEE na atmosfera (PAIXÃO E FONSECA, 2011).

Ainda em conformidade com os mesmos autores, a mudança procedimental acaba por resultar em fator economicamente vantajoso para a sua produção, pois, além de a colheita da cana *in natura* representar uma resolução em potencial para o problema das externalidades ambientais negativas geradas no processo da queima, resulta em outros ganhos econômicos significativos, porque, a exemplo do bagaço, outras sobras e resíduos da planta, como pontas e palhas, podem ser utilizadas como insumo na cogeração de energia elétrica (PAIXÃO e FONSECA, 2011).

No tocante à liberação de GEE, o volume produzido e depositado na atmosfera inerente à combustão de biomassa residual da cana *in natura* colhida para produção de energia elétrica é equivalente à emissão relativa da queima daquela biomassa no campo, quando da colheita. Desta forma, a alternativa da queima para a produção de eletricidade é preferível, visto que se mostra como uma externalidade positiva e importante, a qual é completamente inexistente na opção da queima no campo (PAIXÃO e FONSECA, 2011).

Neste sentido, no ano de 2002 o Governo Federal oficializou o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA), determinando que a contratação, pelas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (ELETROBRAS), de pelo menos 3.300 *megawatts*, seja de energia proveniente de fontes renováveis.

Segundo a ÚNICA, em 2008 o setor sucroalcooleiro brasileiro, utilizando o processo de geração de energia elétrica através da queima da biomassa da cana, foi responsável, no âmbito desse programa, por negociar quase 2.500 *megawatts* de energia elétrica (ÚNICA, 2009).

Isso mostra que os subprodutos derivados da cana-de-açúcar têm elevado sua participação na matriz energética e, desde 2007, tornaram-se a segunda fonte primária de energia elétrica no país (PAIXÃO e FONSECA, 2011).

De maneira complementar, o emprego das estruturas de tráfego controlado (ETC's), em substituição à queima da cana, viabiliza a colheita da cana *in natura* em terrenos com aclave de até 40% e consome menos diesel por hectare, diminuindo as emissões de gases precursores de efeito



estufa e de gases poluentes e particulados.

Afora tais considerações, pode-se enaltecer a eliminação do chumbo tetraetila da gasolina, pela sua substituição por etanol hidratado.

No que tange à utilização da água, considerável parte da irrigação é feita pela chuva (MACEDO, 2007). Deste fato, extrai-se que a pouca demanda por água é um fator importante para a redução de impactos ambientais, o que acaba por evitar arraste de nutrientes, resíduos de agrotóxicos, perdas de solo etc. (JANNUZZI e GOMES, 2009). Outro aspecto a ser citado é a total utilização dos resíduos da produção (vinhaça e cinzas) no processo de irrigação da lavoura, reduzindo a necessidade de consumo de água.

Acontece que existem exceções a essa prática, como quando ocorre o incremento de áreas para o plantio da cana, especialmente para regiões com *deficit* pluviais acentuados. A irrigação da cana-de-açúcar é uma prática comum nos estados da região Nordeste; no entanto, a produção, na fase industrial, figura como a maior consumidora de água do meio ambiente (JANNUZZI E GOMES, 2009).

A utilização do vinhoto como fertilizante, embora reduza o consumo de água, detém o potencial de provocar a salinização dos lençóis freáticos pela lixiviação de seus elementos, assim como ocasiona a nitrificação do solo. Desta maneira, embora o vinhoto seja um subproduto orgânico e que contém água e nutrientes minerais, necessita ter o seu uso controlado (JANNUZZI E GOMES, 2009).

Como forma de contornar tais situações, são enunciadas algumas medidas voltadas à sustentabilidade do setor sucroalcooleiro no quesito água. Deve-se levar em consideração a prática da reconversão dos sistemas de irrigação por superfície, que figura como o principal método de irrigação utilizado no país, mostrando um aproveitamento muito baixo. No caso das regiões com *deficit* pluviométricos, a irrigação pode apresentar-se de maneira ambiental e economicamente viável, desde que utilizados métodos que primem pela eficiência, tais como os que empregam equipamentos de maior facilidade de controle, os que indicam manejo adequado dos sistemas de irrigação por superfície e os que incluem sistemas para maior uniformidade de aplicação de água (por aspersão) e irrigação localizada (por gotejamento e microaspersão, por exemplo) (JANNUZZI E GOMES, 2015).

Também deve ser levado em consideração o fomento da redução da coleta, uso e lançamento da água. Cerca de 90% (noventa por cento) do

seu uso ocorrem em quatro processos: lavagem de cana, condensadores/multijatos na evaporação e vácuos, resfriamento de dornas e condensadores de álcool. O uso de água na lavagem da cana, por volta de 5 metros cúbicos por tonelada, pode ser reduzido com a limpeza a seco. Há a possibilidade de se atingir valores próximos a 1 metro cúbico de água por tonelada de cana, com otimização da reutilização e uso da água residual adicionada do vinhoto para a irrigação (denominada de fertirrigação) (JANNUZZI E GOMES, 2015).

Tanto a umidade quanto a compactação do solo são fatores diretamente relacionados ao tempo de vida útil da lavoura canavieira. Os sistemas de controle de tráfego e a prática do plantio direto são resolúveis para os referidos parâmetros de produção. Ao serem aplicados, proporcionam uma maior umectação do solo, maior eficiência no aproveitamento da precipitação pluviométrica, diminuição na compactação dos solos e na ocorrência de enxurradas (perdas de solo, nutrientes e água), bem como a diminuição no uso de herbicidas e fertilizantes (JANNUZZI E GOMES, 2015).

Outra problemática decorrente do plantio da cana é a relativa à expansão das áreas de produção, pois, conforme Nassar et al (2010), as mudanças do uso do solo decorrentes da expansão do plantio da cana ocorrem quando esta cultura substitui uma área antes destinada a outras atividades ou vegetação. Segundo os pesquisadores, tal expansão ocorre principalmente em áreas de pastagens, outrora destinadas à produção agropecuária ou outras culturas, reduzindo os efeitos sobre as vegetações nativas.

Ainda em Nassar et al (2010), segundo levantamento realizado entre os anos de 2005 e 2008, a produção do etanol cresceu de 16 para 27 bilhões de litros por ano, o que acarretou um aumento de 2,4 milhões de hectares de área de cultivo de cana. Dentro deste avanço, a substituição direta de áreas nativas foi de 9.700 hectares e de 181.000 hectares, indiretamente.

O estado de São Paulo saiu na vanguarda para solucionar o avanço do plantio de cana sobre áreas nativas, criando o zoneamento agroambiental, que disciplina a expansão e a ocupação do solo, inclusive sobre a criação de corredores de biodiversidade (COSTA; GUILHOTO, 2011).

Jannuzzi e Gomes (2009, p. 14) assim estabelecem o significado de corredor de biodiversidade:

É uma área estrategicamente destinada à conservação ambiental na escala regional. Ele compreende uma rede de áreas protegidas, entremeadas por áreas com variáveis graus de ocupação humana. O manejo é integrado para ampliar a possibilidade de sobrevivência de todas as espécies, a manutenção de processos ecológicos e evolutivos e o desenvolvimento de uma economia regional baseada no uso sustentável dos recursos naturais. Em áreas de alta fragmentação florestal, como a Mata Atlântica, os Corredores de Biodiversidade também têm por objetivo a recuperação e conexão dos fragmentos de florestas. Assim, espera-se vencer o isolamento das áreas protegidas e ampliar a conectividade dos ambientes nativos, permitindo o trânsito das espécies de flora e fauna entre os remanescentes.

Diante disso, verifica-se que sob o aspecto ambiental a produção de etanol é sustentável, se comparada a outras matrizes energéticas, e que as intercorrências no setor podem ser adequadamente sanadas, a depender da adoção de medidas mitigadoras por parte dos seus produtores. Já no aspecto social, e considerando-se o progresso tecnológico, que potencialmente provoca reduções de emprego pela utilização de mecanização agrícola, verifica-se que a expansão do setor envolve o aumento global e melhoria na qualidade dos empregos (VIEIRA; LIMA; BRAGA, 2017).

De acordo com o 2º Relatório de Sustentabilidade do setor sucroenergético, publicado pela União da Indústria de Cana-de-Açúcar (ÚNICA), o setor sucroalcooleiro desempenha papel estratégico no fomento de postos de trabalho em nível nacional. Conforme a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), em 2008 foram contabilizados 1.283.258 de empregos formais, sendo: 481.662 de trabalhadores relacionados ao cultivo da cana-de-açúcar; 561.292 inseridos nas fábricas de açúcar em bruto; 13.791 destinados ao refino e moagem de açúcar; e, por fim, 226.513 trabalhadores operando na produção de etanol (ÚNICA, 2015).

Por estimativa, o relatório ainda afirma que para cada emprego direto são gerados dois indiretos. Desta maneira, atinge-se a marca de 3,85 milhões de pessoas alocadas em empregos relacionados à produção da cana-de-açúcar. Pontua-se, ainda, que tais empregos diretos compõem uma grande diversidade de funções, cargos e especializações. Em média, uma usina padrão tem cerca de 400 cargos, variando desde o trabalho manual até funções bastante qualificadas, seja nas áreas técnicas e/ou administrativas (ÚNICA, 2015).

Em complementação aos efeitos diretos e indiretos da geração de

emprego e renda pelo setor sucroalcooleiro, o relatório acima mencionado, apresentando dados do IBGE de 2009 quanto aos impactos socioeconômicos, enaltece que, no respeitante ao trabalhador de atividades manuais, o índice de empregos formais atingiu o patamar de 79,6%. Isto posto, insta colacionar que o impacto social da atividade canavieira no Brasil não deve ser avaliado somente pelos empregos gerados. De igual importância, note-se que o setor, alastrado por boa parte do território nacional, funciona como um descentralizador de renda e contribui para a distribuição regional da riqueza, uma vez que esta atividade está presente em 25 dos 26 estados brasileiros, abrangendo 1.042 municípios e somando quase 20% da totalidade dos municípios brasileiros (ÚNICA, 2015).

Quanto à escolaridade, a média dos assalariados na lavoura canavieira ainda é baixa, embora tenha se verificado um aumento relevante nos últimos anos. Ainda de acordo com os dados do IBGE de 2009, o período de atividade escolar desses trabalhadores é, em média, de 4 a 5 anos. Este resultado explicita que o setor sucroalcooleiro é responsável pela inclusão no mercado de trabalho de uma massa de mão de obra que dificilmente seria absorvida em outros ramos da atividade econômica. Neste quesito, pode-se enaltecer que o aumento da mecanização implica em um crescimento na demanda por profissionais mais qualificados. Para exemplificar, tem-se que uma colhedora mecânica substitui o trabalho de cerca de oitenta pessoas com baixa qualificação; no entanto, necessita de doze trabalhadores com capacitação técnica em automação e mecanização (ÚNICA, 2015).

Acerca da massa salarial, ainda no 2º Relatório de Sustentabilidade do setor sucroenergético publicado pela ÚNICA, destaca-se que a escolaridade influi diretamente nos salários do trabalhador do setor. Desta forma, para avaliar o enquadramento da remuneração dos trabalhadores nas plantações de cana, faz-se necessária uma comparação em relação aos empregados de outras culturas. Diante disso, entre os anos de 2007 a 2009 constatou-se que o trabalhador dos canaviais detinha um rendimento médio de R\$ 721,58, abaixo apenas do trabalhador das fazendas de soja (média de R\$ 905,33), onde predomina o alto grau de mecanização, e que, portanto, demandam mão de obra mais qualificada. Noutras culturas (café, arroz, milho e mandioca), o trabalhador rural possui pior remuneração, comparativamente ao empregado do setor sucroalcooleiro (ÚNICA, 2015).

Ainda assim, cabe destacar que há poucos estudos e cuidados pormenorizados por parte das empregadoras do ramo, relativamente ao

cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, principalmente quanto ao cumprimento da Norma Regulamentadora (NR) n.º 31 (VEIGA FILHO, 2007), do Ministério do Trabalho e Emprego, que trata especificamente dos trabalhadores que laboram na agricultura (BRASIL, 2005).

Por todo o exposto, a análise SWOT realizada por Jannuzzi e Gomes (2009) pontua alguns aspectos acerca das vantagens, desvantagens, soluções sustentáveis e potencialidades de risco a serem contornadas pelo setor sucroalcooleiro, dentre os quais cabe destacar:

#### Vantagens:

- Custo total de produção reduzido, em relação ao custo de produção da gasolina;
- Menor incidência tributária, comparativamente à gasolina;
- Nenhuma ou pouca necessidade de irrigação;
- Reutilização/reciclagem de grande parte da água usada para o plantio;
- Reciclo integral dos efluentes industriais (vinhoto, torta de filtro e água residual);
- Legislação de controle e de proibição da prática da queima;
- Maior preservação dos solos em relação a outras culturas;
- Disponibilidade de terras;
- Menor uso de defensivos/fertilizantes em relação a outras culturas (fertirrigação e otimização);
- Zoneamento agroambiental no estado de SP;
- Fomento de postos de trabalho em nível nacional;
- Maior formalização dos contratos de trabalho;
- Menor necessidade de qualificação profissional; e
- Média do rendimento salarial superior à de outros produtos do agronegócio nacional

#### Desvantagens:

- Preço final ao consumidor opera acima dos 70% do preço final da gasolina;
- Alterações estruturais do solo (perdas de água, nutrientes, solo, salinização, acidez);
- Alta captação de água durante a fase industrial;
- Poluição atmosférica (poluentes e fuligens), decorrente das

queimadas e da mecanização agrícola;

- Falhas de fiscalização (queimadas e vinhoto);
- Compactação do solo;
- Salinização e contaminação dos lençóis e mananciais (vinhoto, fertilizantes e defensivos agrícolas);
- Enxurradas e assoreamento;
- Fragmentação de habitats e redução de biodiversidade; e
- Falta de cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho no setor.

Soluções sustentáveis:

- Estímulo à competitividade interna e externa frente ao mercado petrolífero;

- Plantio direto;
- Uso de ETC's (pressupõe colheita da cana *in natura*);
- Agricultura de precisão;
- Tecnologia da informação;
- Uso controlado do vinhoto;
- Corredores de biodiversidade;
- Redução da coleta, uso e lançamento d'água;
- Melhoramento genético;
- Hidrólise enzimática e ácida;
- Concentração térmica e biodigestão do vinhoto;
- Zoneamento agroambiental nacional;
- Instituição, no âmbito laboral, de Serviço Especializado em Segurança e Saúde no Trabalho Rural (SESTR) e de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho Rural (CIPATR), atendidas as especificidades da Norma Regulamentadora n.º 31, do MTE (BRASIL, 2005).

Potencialidades de risco a serem contornadas:

- Diminuição do monopólio das áreas agrícolas utilizadas para a produção de etanol;

- Efeitos cumulativos do uso do solo e de implementos agrícolas;

- Depleção de recursos hídricos: aumento da demanda por irrigação em áreas com déficit hídrico e do uso industrial de água;

- Aumento do uso de defensivos agrícolas e fertilizantes inorgânicos;
- Deslocamento de culturas e pastagens;
- Riscos de degradação e queima de áreas de reservas; e
- Maior qualificação profissional dos trabalhadores.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observado o cenário socioeconômico e ambiental em que se encontra inserida a produção e o consumo do etanol, sinteticamente analisado neste artigo, pode-se afirmar com serenidade que tanto a produção quanto o consumo deste produto oferece mais vantagens quando comparado com os combustíveis de origem fóssil, como a gasolina.

Embora o etanol seja um recurso natural renovável, a busca de melhorias nas etapas de produção, em especial no aspecto socioambiental, de modo a torná-la ainda mais sustentável, faz com que aquela fonte de energia possua o potencial de redução dos impactos ambientais decorrentes de uma matriz de transporte global majoritariamente composta por combustíveis derivados do petróleo, a exemplo da gasolina, podendo, assim, tornar-se competitiva frente a esta.

Para isso, é preciso salientar o papel relevante do Estado que, zelando pela proteção ambiental, deve elaborar e executar políticas públicas ambientais que visem ao desenvolvimento sustentável no setor energético, não apenas minorando a carga tributária para a produção e consumo do etanol, como também desestimulando atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente, a exemplo da produção e consumo da gasolina e, dessa forma, incentivar práticas ambientalmente sustentáveis.

Assim, utilizando-se desta ferramenta, é possível que o Estado consiga induzir uma prática “verde” das atividades econômicas, promovendo o desenvolvimento sustentável e também a proteção do meio ambiente.

Além disso, faz-se necessária uma mudança cultural da sociedade quanto à conscientização e mobilização de frentes sustentáveis de consumo. Obviamente, o papel das empresas do setor e do Governo nessa área será relevante para que as iniciativas particulares de recusa ou boicote ao consumo da gasolina possam ser efetivamente tomadas.

Por fim, importa promover a descontinuidade do estímulo à produção e consumo daquela energia não renovável que, no formato atual,

revela uma das nuances da crise ambiental mundial, cujos axiomas fundamentais estão na deturpação dos valores, na degradação ambiental e na maximização exacerbada dos lucros.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS PLANTADORES DE CANA-DE-AÇÚCAR DA PARAÍBA. *Custo do etanol no Brasil ainda é o mais baixo do mundo*. Disponível em: <<http://asplanpb.com.br/2014/11/10/custo-do-etanol-no-brasil-ainda-e-o-mais-baixo-do-mundo/>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. *Consumo de combustíveis no Brasil caiu 4,5% na comparação entre 2015 e 2016*. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/noticias/3585-consumo-de-combustiveis-no-brasil-caiu-4-5-na-comparacao-entre-2016-e-2015>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. *Dados estatísticos*. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/dados-estatisticos>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. *Evolução do mercado de combustíveis e derivados: 2000-2012*. Rio de Janeiro: ANP, 2013.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. *Síntese dos preços praticados - Brasil*. Disponível em: <[http://anp.gov.br/preco/prc/Resumo\\_Semanal\\_Combustiveis.asp](http://anp.gov.br/preco/prc/Resumo_Semanal_Combustiveis.asp)>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BRASIL. Departamento Nacional de Trânsito. *Estatísticas da frota de veículos – 2016*. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/index.php/estatistica/261-frota-2016>>. Acesso em: 01 mar. 2017.



BRASIL. Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997. *Institui o Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9503Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503Compilado.htm)>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Estimativas anuais de emissões de gases de efeito estufa no Brasil*. 2. ed. Brasília, DF, 2014.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Norma Regulamentadora 31 – Segurança e saúde no trabalho na agricultura, pecuária, silvicultura, exploração florestal e aquicultura*. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/manuais/legislacao/NR-31.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BRASIL. Petróleo Brasileiro S.A. *Gasolina: composição de preços ao consumidor*. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/produtos-e-servicos/composicao-de-precos/gasolina/>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

COSTA, Cinthia Cabral da; GUILHOTO, Joaquim José M. O papel da tributação diferenciada dos combustíveis no desenvolvimento econômico do estado de São Paulo. *Economia Aplicada*. Ribeirão Preto-SP, v. 15, n. 3, p. 369-390, 2011.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRISOLI, Renata Patrícia Soares. *Comparação das emissões de gases de efeito estufa no ciclo de vida do etanol de cana-de-açúcar no Brasil e os critérios da diretiva europeia para energias renováveis*. 2011. 112 p. Dissertação (Mestrado em Energia) - Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

JANNUZZI, Gilberto de Martinho; GOMES, Rodolfo D. M. *Aspectos da sustentabilidade ambiental da produção de etanol no Brasil: tecnologias e práticas*. 2009. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/gilberto1096/aspectos-da-sustentabilidade-ambiental-da-producao-de-etanol-no-brasil>>

tecnologias-e-praticas>. Acesso em: 01 mar. 2017.

LEFF, Enrique. *Racionalidad ambiental: La reapropiación social de la naturaleza*. México: Siglo XXI Editores Vozes, 2004.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental*. Petrópolis: Vozes, 2004.

MACEDO, Isaias. Uso de defensivos agrícolas. In: MACEDO, Isaias. *A energia da cana-de-açúcar: doze estudos sobre a agroindústria da cana-de-açúcar no Brasil e a sua sustentabilidade*. São Paulo: ÚNICA, 2007.

NASSAR, André. M. *et al.* An allocation methodology to assess GHG emission associated with land use change – Final Report. *ICONE – Institute for International trade Negotiations*. September 2010. Disponível em: <[http://www.iconebrasil.com.br/datafiles/publicacoes/estudos/2010/an\\_allocation\\_methodology\\_to\\_assess\\_ghg\\_emissions\\_0410.pdf](http://www.iconebrasil.com.br/datafiles/publicacoes/estudos/2010/an_allocation_methodology_to_assess_ghg_emissions_0410.pdf)>. Acesso em: 01 mar. 2017.

NEGRET, Rafael. El desarrollo sostenible como propuesta de la otra vía para América Latina y el Caribe. In: LEFF, Enrique; BASTIDA, Mindahi (Coords.). *Comercio, medio ambiente y desarrollo sustentable: perspectivas de América Latina y el Caribe*. México: PNUMA, 2001.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Air and GHG emissions*. 2017. Disponível em: <<https://data.oecd.org/air/air-and-ghg-emissions.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

PAIXÃO, Maria Cristina Silva; FONSECA, Márcia Batista da. A produção de etanol de cana no estado da Paraíba: alternativas de sustentabilidade. *Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente (UFPR)*. Curitiba-PR, v. 24, p. 171-184, 2011.

PARAÍBA (estado). Lei de n.º 6.379, de 02 de dezembro de 1996. *Trata do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, e dá outras providências*. Disponível em: <<http://legisla.receita.pb.gov.br/LEGISLACAO/LEIS-ESTADUAIS/ICMS/LEI->

6379-96-ICMS-INTEIRA/LEI-6379-96(INTEIRA)\_html>. Acesso em: 01 mar. 2017.

VEIGA FILHO, Alceu de Arruda. Novo ciclo do Proálcool: problemas derivados do aumento da produção do etanol. *ComCiência: Revista Eletrônica de Jornalismo Científico*. Campinas-SP, Dossiê Etanol, n. 86, 2007. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/?section=8&tipo=dossie&edicao=23>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

VIEIRA, Maria Célia Azeredo; LIMA, Jaldir Freire; BRAGA, Natália Mesquita. *Setor Sucroalcooleiro Brasileiro: Evolução e Perspectivas*. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/liv\\_perspectivas/07.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/liv_perspectivas/07.pdf)>. Acesso em: 01 mar. 2017.

UNIÃO DA INDÚSTRIA DE CANA DE AÇÚCAR. *2.º Relatório de sustentabilidade do setor sucroenergético*. Disponível em: <<http://www.unica.com.br/documentos/publicacoes/pag=2>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

Artigo recebido em: 04/03/2017.

Artigo aceito em: 23/08/2017.

### **Como citar este artigo (ABNT):**

RANGEL, Ana Celecina Lucena da Costa; CUNHA, Belinda Pereira da; CÂMARA, Renan Aversari. Crise da Racionalidade e Sustentabilidade no Mercado de Combustíveis no estado da Paraíba. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 207-227, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1019>>. Acesso em: dia mês. ano.



---

# THE APPLICATION OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN INTERNATIONAL LAW: AN ANALYSIS OF THE CONTRIBUTION OF THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA

**Tiago Vinicius Zanella**

---

Doutorando em Ciências Jurídico-Internacionais e Europeias pela Faculdade de Direito de Lisboa  
Vice Presidente do (Instituto Brasileiro de Direito do Mar) IBDMar.  
Analista em Relações Internacionais da Amazônia Azul Tecnologias de Defesa (AMAZUL).  
Email: [tiagozanella@gmail.com](mailto:tiagozanella@gmail.com)

**Ricardo Pereira Cabral**

---

Doutor e Mestre em História Comparada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).  
Professor da Escola de Guerra Naval (EGN).  
Email: [ricardopc@uol.com.br](mailto:ricardopc@uol.com.br)

## ABSTRACT

The precautionary principle, invoking the notions of risk, scientific uncertainty and irreversible damage, takes the solution of the environmental issues of the global risk society to the legal domain. Its application in international law has evolved significantly, especially with respect to the protection of the marine environment. This principle, which was much ignored in its practical application, is gradually being used in international environmental protection. The purpose of this paper is to analyze how the jurisprudence of the ITLOS has contributed to the development and application of the precautionary principle for the protection of the marine environment and how the International Tribunal for the Law of the Sea contributed to the development of this principle in international law. Thus, although we are still not able to safely say that the precautionary approach is included in international law as an unchallenged principle, it has been given great steps over the last few years in this direction. Particularly with the contributions of the international jurisprudence of the ITLOS, the

precautionary approach is evolving and becoming an autonomous principle, with less uncertainty and subjectivity that caused so much apprehension for the States and doubt in the doctrine.

**Keywords:** Precautionary Principle; International Environmental Law; Protection of the Marine Environment.

*A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DA CONTRIBUIÇÃO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA O DIREITO DO MAR*

**RESUMO**

*O princípio da precaução, ao invocar as noções de risco, incerteza científica e danos irreversíveis, chama à esfera jurídica a solução de questões ambientais da sociedade de risco global. Assim, a sua aplicação no direito internacional vem evoluindo de forma significativa, sobretudo no que diz respeito à proteção do ambiente marinho. Ganhando novos contornos, o princípio que ficou por muito tempo renegado de aplicabilidade prática, vem aos poucos sendo cada vez mais invocado para a proteção ambiental internacional. O objetivo deste artigo é analisar como o princípio da precaução atua na proteção internacional do ambiente, em especial dos mares e oceanos e qual a contribuição do Tribunal Internacional para o Direito do Mar no desenvolvimento deste princípio no direito internacional. Assim, se ainda não se pode afirmar de forma segura que a precaução está inserida no direito internacional como um princípio incontestado, nos últimos anos tem caminhado a passos largos para isto. Sobretudo com as contribuições da jurisprudência internacional, em especial do TIDM, a precaução tem se desenvolvido e tomado forma como um princípio autônomo, diminuindo suas incertezas e subjetividades que tanto temor causou nos Estados e dúvidas na doutrina.*

**Palavras-chave:** *Princípio da Precaução; Direito Ambiental Internacional; Proteção do Ambiente Marinho.*

## INTRODUCTION - THE RISK SOCIETY

It was during the 1960s that discussions regarding the protection of the marine environment began to spread in the international community; these discussions were particularly influenced by disasters and accidents with irreversible consequences (GALIZZI; HERKLOTZ, 2010, p. 87; LOUKA, 2006, p. 27). It is at that time in history that an epistemological rupture started to occur in the use of resources, and scientific uncertainty began to characterize environmental issues (WEISS, 1992, p. 15). Technological progress, in addition to economic and social progress, also led to a globalization of the risks (GOMES, 2000, p. 16). That means that we lost the exact notion of the effects caused by the exploration of natural resources. It became clear that environmental damage could project their effects in time without certainty and control of the level of danger. This is evident in the case of oil tankers that sank and kept spilling oil in the environment for decades.<sup>1</sup> Therefore, the future risk of damage is currently an element that characterizes all the global environmental concerns (NOLLKAEMPER, 1996, p. 91; SCHIOCCHET; LIEDKE, 2012, p. 109-131).

In this sense, the concept of a “risk society”<sup>2</sup>, which was coined by German sociologist Ulrich Beck, is crucially important. The development of his thesis allowed the environmental and technological risks to be ranked as the main concern of the world with the start of the so-called second modernity (HOGEMANN, 2015, p. 128-129). To Beck, the replacement of the first modernity by the reflexive modernization (second modernity) meant a paradigm shift from a “class society” to a “risk society” (BECK, 1992, p. 14-23). Therefore, the risk issue was placed at the center of the contemporary social theory, based on the criticism of Marxist-influenced sociological theories, which up to that moment tried to explain the modern community based on an industrial class society.<sup>3</sup> This perspective maintains that what is discussed, in this new context, is the manner in which the damage that results from the production of goods can

<sup>1</sup> The vessels *Arizona* and *Jacob Luckenbach* continue to spill oil in the marine environment even after more than 50 years since the accidents took place. About the matter, see CASTILLO, 2005, p. 226.

<sup>2</sup> The concept was developed in his book *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* of 1986. The English version: BECK, 1992.

<sup>3</sup> As written by BORGES, 2016, p. 2: “En ce sens, ‘la société du risque ne peut pas être considérée comme une option qui pourrait être choisie ou rejetée, dans le cadre du débat politique’, car les risques qui accompagnent les nouvelles technologies sont des conséquences directes et automatiques de la modernisation, dans ‘un processus autonome qui est sourd et muet quant à ses dangers’.

be distributed (LEITE, 2012, p. 193).

In sum, the concept of a risk society is crucial to the analysis of the environmental problems. One can list the characteristics of the environmental risks of the second modernity in the following manner: a) they are essentially global and, as a result, they must be managed by the entire international community;<sup>4</sup> b) they are of a very serious nature and are irreversible, as a general rule. Therefore, the compensatory and corrective measures for the damages are mostly ineffective;<sup>5</sup> c) they are the result of political decisions (either for lack of new technologies, by developed policies that are now outdated) and so they must be regulated by human decisions. That is, they are human creations that must be controlled by humanity; d) they reach everybody (normally more than one country is affected, and when that is not the case, the consequences are generally not restricted to a certain State or location), regardless of what caused them (CASTILLO, 2005, p. 215).

As the idea of risk is crucial to the analysis of environmental problems, the sciences and the law must have a position to avoid damage, instead of merely trying to repair it. Thus, based on the acknowledgement that society has come up with unacceptable risks without being able to take the appropriate measures to control the situation, the law is called upon to provide answers (see PRITTWITZ, 2012, p. 415-428). In a proactive manner, it is necessary to shift the focus from mitigation and reparation to a preventive attitude. The law, in addition to regulating the current situations and activities, must also try to establish rules for future situations. As a direct result of this risk and the rise of uncertainty, environmental international law needs to anticipate risks to prevent the occurrence of irreparable damage to the environment (HARDING; FISHER, 1999, p. 10).

---

<sup>4</sup> About the matter, according to GOMES, 2011, p. 141, the risk went from exceptional (circumscribed to a reduced number of sectors...) to special (relating to especially dangerous activities and starting the responsibility for the risk) and finally, in our times, the general rule, especially in public health and the environment (when translated into a generalized threat).

<sup>5</sup> We may cite here as an example, among so many others, the ballast water case: ZANELLA, 2010, p. 22: "Contrary to other forms of marine pollution, like oil spills, in which the mitigation measures can be taken and the environment can eventually recover, the introduction of marine species is, in most cases, irreversible and not perceptible in the short term. Thus, when observing that an exotic species has been introduced, it is almost always too late to take measures?". (translated freely. All texts in Portuguese have been translated freely by the author).



## 1 THE AUTONOMY OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE AS AN INDEPENDENT PRINCIPLE OF PREVENTION

The arising of new technologies has reached a stage in which it can no longer safely organize the development, so that uncertainty with respect to technological innovations gives way to unpredictable risks.<sup>6</sup> These uncertainties, according to Ulrich Beck, can lead to two types of risks: a) the concrete or demonstrated risk, in which there are estimated risks for a certain activity, so that there is a possibility of taking preventive measures to act when a disaster is imminent. That is, notwithstanding the fact that it is not certain that it will happen, we know the likelihood or the size of what may happen; b) the abstract or potential risk, in which there is no telling what the possible damage might do. This abstract risk is that which is invisible and unpredictable to human knowledge, although it is likely that the risk exists via similarity or evidence, however incomprehensible (BECK, 1992, p. 34). In other words, it is a “risk of a risk”, and may eventually never come to fruition. It is by differentiating between these two types of risks that we have the autonomy of prevention as an independent precautionary principle.

In both types of principles, we have the element of risk, but in a different setting. Despite the close connection between the prevention and the precautionary principle, the first is about the adoption of measures that are necessary to take care of foreseeable events, or, in this case, probability; whereas the second is devoted to managing the risks that are not directly predictable.<sup>7</sup> Therefore, prevention has to do with averting the risk for potential damage, trying to prevent a knowingly dangerous activity from producing the undesirable effects. The precautionary principle, on the other hand, acts on averting the risk of a potential danger, which means that a certain behavior or activity is dangerous in abstract terms.<sup>8</sup>

As Professor Carla Amado Gomes summarized it, “the prevention

6 In this aspect, HERMITTE, 2005, p. 15: “The risk society introduced, between the two poles of predictability and unpredictability, characteristics of the simple causality of modern times – scientific uncertainty and perplexity”.

7 As written by RANDEGGER, 2007, p. 163, differentiating the principles: “The principle of prevention is applied to situations with a known cause-effect relationship and therefore a clearly defined risk. (...) The precautionary approach, on the other hand, addresses situations of scientific uncertainty”.

8 On the matter, PEREIRA DA SILVA, 2009, p. 12: says “The purpose of the prevention principle is to avoid damage to the environment, which implies an ability to anticipate situations that are potentially dangerous, natural or human in origin, capable of putting the environmental components in risk, so as to allow the adoption of more suitable means to ward off its verification or, at least, to reduce its consequences”.

principle can be translated as: in the imminence of a human action that will seriously and irreversibly damage environmental assets, this intervention must be made” (GOMES, 2000, p. 22). The precautionary principle, in turn, according to Professor Canotilho, “means that the environment must have on its side the benefit of the doubt when there is uncertainty, for lack of clear scientific evidence, about the causal nexus between an activity and a certain environmental pollution or degradation phenomenon” (CANOTILHO, 1998, p. 48). Or also, in the words of Professor Vasco Pereira da Silva: “in a society in which you have more and more risk factors for Nature [...], the shortage and continuity of natural resources make a compelling case for the legal application of the common sense rule of ‘better safe than sorry’” (PEREIRA DA SILVA, 2009, p. 12).

In international law, many instruments establish prevention as a guiding principle in the protection of the environment. The examples are: the Convention on the High Seas, signed in Geneva in 1958, which sets forth the obligation to take preventive measures in order to avoid maritime contamination by radioactive residue;<sup>9</sup> and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, which establishes the duty to prevent pollution in areas that are beyond the sovereignty of the States caused by activities performed under their jurisdiction.<sup>10</sup>

The precautionary principle appeared for the first time in the international scene in 1987 during the Second International North Sea Conference on marine pollution.<sup>11</sup> For this reason, it can be said that “the precautionary principle is an idea that came from the law of the seas” (MOSEDALE, 1997, p. 224). Since then, other international texts include precaution as a behavioral<sup>12</sup> duty of the State.<sup>13</sup> Citations include: the 1990 Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Development; principle 15 of the Rio Declaration; Article 3 of the United Nations Framework Convention on Climate Change; and paragraph 22.5 of Agenda 21 (see GILLESPIE, 2007, p. 67-70).

Even with the existence of a conceptual distinction – often

<sup>9</sup> Convention on the High Seas. In.: Geneva Convention on the Law of the Sea of 1958. Art. 25, paragraph 1.

<sup>10</sup> LOSC. Art. 194, paragraph 2.

<sup>11</sup> The origin of the concept dates back to the German legislation (“vorsorgeprinzip”) of 1976, which reiterates the terms of the Wingspread Declaration of 1970. In this sense, SCHRIJVER, 2008, p. 184.

<sup>12</sup> See BORGES, 20016. In his book he conducted an interesting investigation about the prevention and precaution principles as an obligation of behavior and an obligation of result.

<sup>13</sup> According to TROUWBORST, 2009, p. 27: “Currently, the precautionary principle can be found in or under more than 60 multilateral environmental treaties, as well as a myriad of political declarations, resolutions and action programmes, covering a great variety of issue areas”.

ambiguous and not very clear – created by the doctrine and cited in several international documents as autonomous forms, several authors do not distinguish between the two principles.<sup>14</sup> There are also those who regard the precautionary principle as a simple variation of the duty to prevent, that is, a natural continuation. As stated by Faure and Niessen: “The precautionary principle is nothing more than an extension of the prevention principle (...)” (FAURE; NIESSEN, 2006, p. 46). The close connection between the two cannot be denied, because both work with the idea of anticipating risks, but the precautionary principle goes beyond the classical logic of the preventive approach to a new culture of risk, as it is applied in a context of uncertainty. In the classical prevention logic, only a proven risk justifies the adoption of early measures. That is, only after recognizing the possibility of damage can the international law regulate a certain activity to prevent its occurrence; whereas, in the precautionary logic, there is no direct prediction for possible damage (SAGE-FULLER, 2013, p. 68).

Despite the similarities, at least two fundamental differences make these two principles independent of each other. First, the preventive approach is applied to risks that are fully understood, or at least they are likely, whereas the precautionary approach works with possible risks, which are not known for sure, that is, the effects of such an activity on the environment are not entirely known (KISS, 1996, p. 27). Second, the *modus operandi* of the precautionary principle is completely different from the one in prevention, because it does not have the purpose to be applied *ad infinitum* (MARTIN, 2005, p. 2224). In these terms, science has a completely different role in precaution than it has in prevention. From the moment that technological progress and uncertainties are reduced, precaution loses its role, as the risks and damage of each activity become known. Thus, the level of scientific knowledge will determine if it is a case of applying prevention or precaution – or neither (TROUWBORST, 2009, p. 119).

## **2 THE *MODUS OPERANDI* OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW**

As was said before, the *modus operandi* of the precautionary principle is completely different from that of prevention, and it carries its very own unique characteristics. At this point, two very peculiar aspects

<sup>14</sup> See BODANSKY, 2004, Chapter 16, at 381-391.

of precaution will be studied in the way they operate in international environmental law. First, the so-called *in dubio pro natura* will be analyzed, in which the benefit of the doubt always falls on the environment. Then, the matter of shifting the burden of proof will be investigated, as it is a crucial precept for the autonomy of precaution as a principle that belongs to international environmental law.

## **2.1 The Benefit of the Doubt and the Risk of Error in Favor of the Environment – *in dubio pro natura***

The precautionary principle has very peculiar characteristics, and it has its own way of operating in international environmental law. First, once again, we need to bear in mind that the damage to the environment – especially for the seas and the oceans – is, as a general rule, hard or impossible to correct. Therefore, proactive and safe actions are required. Having said that, the adoption of this principle for every possibility in the urge to prevent each and every risk could result in ineffectiveness and could stop all human activities.<sup>15</sup>

The strict application of the precautionary approach – as small as the level of damage caused by an act may be – could cause its own collapse, because using it for every risk would be materially impossible. In these terms, its adoption would lead to a complete distortion of its purpose, because only the activities that provided absolute certainty of harmlessness would be freely executed (TINKER, 1996, p. 67). This possibility would be completely unrealistic, and the concept of a risk society would be totally inverted. In sum, the precautionary approach used in absolute terms would result in a hypertrophy of “not doing”, which would cause a complete social paralysis (AREOSA, 2008, p. 4).

In view of this situation, the precautionary principle may initially operate in international environmental law in two distinct ways: a) only being admitted when there is scientific certainty that a certain activity puts the environment in risk and has a high probability of causing damage to the environment; b) being accepted in the absence of scientific certainty about the possibility of damage, and uncertainty as to the results of such an activity would be enough for its application (GOMES, 2000, p. 35).

---

<sup>15</sup> About the matter, Professor Vasco Pereira da Silva says that the idea of precaution as an *in dubio pro natura* principle is inadequate because it carries an excessively inhibiting load, as it is impossible to have “zero risk” in the environmental area. PEREIRA DA SILVA, 2001, p. 19; PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 69-70.

If the first option is used, the precautionary approach fades away as an autonomous principle, and it becomes the same – or it becomes a simple branch – as prevention, as they would have the same practical application in international law. The second option, in turn, could result in its lack of application and operation, because – if it is not regulated in very effective terms – it could be applied to each and every human act, causing the so-called “social hypertrophy” (ZANDER, 2010, p. 14).

However, it is not about being better safe than sorry at any cost. It is about *in dubio pro natura*.<sup>16</sup> That is, the environment is given the benefit of the doubt when there is uncertainty with respect to the effects of a certain activity on it. In these terms, when it is unclear whether or not a certain activity can cause serious damage to the environment, the risk of error must be favored. That is, in case of doubt, it is better to run the risk in terms of protecting the environment, because without running the risk, you are possibly exposing the environment to irreparable damage.

Taking the approach of early intervention is required to prevent possible damage to the environment in the cases in which the best information available is not able to confirm the level of damage of the activity.<sup>17</sup> Having said that, the question then becomes: how do we know the reasonable motives of concern in order to apply the precautionary principle, as there is no zero risk in international environmental law? In this sense, there is no calculated answer for this question, considering the many variables that must be taken into account to decide whether or not to apply the precautionary principle in a certain situation. It is only on a case-by-case basis that we are able to define if the activity is reasonable.

However, a few parameters serve as guiding principles to apply such an approach in environmental international law: a) a minimum probability of causing environmental damage; b) the severity of the possible damage (TROUWBORST, 2009, p. 110). In these terms, for its use, we need to take into consideration the ratio between these two requirements and the real effectiveness of the precautionary measures to be adopted. The ratio and the effectiveness must ponder – always analyzing the probability and the severity – if the actions correspond to the magnitude of the risks involved, in order to avoid the adoption of excessively strict measures. This way, the greater the added risk, the more rigorous the preventive

<sup>16</sup> Expression used by several authors, particularly by TROUWBORST, 2006, p. 190; GOMES, 2000, p. 37, prefers the expression “*in dubio pro ambiente*”.

<sup>17</sup> TROUWBORST, 2009, p. 110 says: “‘*In dubio pro natura*’ and ‘erring on the side of environmental protection’ accurately reflect the gist of the precautionary principle in general international law”.

measure, and vice-versa.<sup>18</sup>

Once again, these parameters must always analyze the concrete case, under penalty of total ineffectiveness of the principle in the international society. That is, the precautionary approach always has to consider the costs and the benefits of each precautionary measure to be adopted, because the dangers of a misuse of the principle may result in unnecessarily alarmist actions (DOYLE; CARNEY, 1999, p. 47.<sup>19</sup> The Rio Declaration itself, in principle 15, emphasizes that the precautionary approach is only to be used “where there are threats of serious or irreversible damage” and that the precautionary measures must be “cost-effective”<sup>20</sup> to be applied in international law.

## 2.2 Shifting the Burden of Proof

Another issue is very controversial in international environmental law, namely the burden of proof of the possible damage. To be more precise, the precautionary approach brings a reversal of this burden to prove the damage, that is, with the use of this principle, it is up to the agent of the possible damage (or the public authority that authorized the activity – such as the State responsible for it) to prove that it will not damage the environment (GARCIA, 1994, p. 106; GULLETT, 1997, p. 59-60). Such a statement entails, once again, enormous risk of social paralysis and inefficacy of the principle in international law, “considering that the proof of the absolute harmlessness of the eventually polluting activity would be a real *diabolica probation*” (GOMES, 2000, p. 38). In other words, shifting the burden of proof must be applied with caution as it might be impossible to paralyze every activity before proving that it would not harm the environment.<sup>21</sup>

On the other hand, without this shift, the precautionary approach would be extremely limited (GONZALEZ-LAXE, 2005, p. 496). If the duty of the burden does not fall on the possible polluting agent, there is

<sup>18</sup> About the matter, TROUWBORST, 2009, p. 110 says: “Various guidelines help establish what, in concrete instances, constitutes effective and proportional action. Such action should, among other things, be (1) timely; (2) tailored to the circumstances of the case; and (3) regularly reviewed and maintained as long as necessary to prevent the harm involved, but not longer”.

<sup>19</sup> See Doyle and Carney supra note 26, at 47.

<sup>20</sup> The Rio Declaration on Environment and Development, 1992. Principle 15.

<sup>21</sup> See GILLESPIE, 2007, p. 71, note n. 68, who says that there are proponents of a weak approach and those who believe that the precautionary approach must be used in a stronger fashion. According to the author, one of the first dilemmas is precisely the reversal of the burden of proof.

simply no one to prove its damaging character. That is, the precautionary approach would remain only an autonomous guiding principle of international environmental law. The scientific uncertainty of the effects of a certain activity on the environment is a *sine qua non* condition of the precautionary approach. Therefore, whoever undertakes the duty to analyze the consequences of an activity must be the one who wishes to properly scrutinize this activity so that there is greater protection and environmental safety. Otherwise, it would be up to the one suffering from the possible consequences to prove the damage of each activity and exploration that might harm its environment, which would be impractical (GOMES, 2000, p. 36).

Also, if this obligation of producing evidence and scientific certainty would fall on the ones suffering from the damage, what would happen if, on account of inertia, lack of technology or even lack of will, nothing was proved? That is, if the proof was not produced and it was not proven that the activity is harmless nor that it is harmful? Would the activity be prohibited based on the precautionary approach, because that, without the certainty of the results, it would be forbidden? This way we would go back to the biggest problem and the risk of the irrational use of this principle, because no activity would be allowed without the suffering party having to demonstrate first the possible consequences to the environment. The environment would depend on the goodwill of the subject – who often can be found not to take interest or be afraid of suffering irreversible environmental damage – to prove that a certain activity may or may not be conducted in his area.<sup>22</sup>

There is still a great deal of divergence with respect to shifting the burden of proof, especially in the jurisprudence. In practice, the international and national courts have varied significantly in their decisions. Although the doctrine has moved toward an understanding that the shift is necessary for the effectuation of the precautionary approach and for more protection of the environment,<sup>23</sup> many courts, especially international courts, have

<sup>22</sup> An example of its implementation can be found in Annex I (The Principle of Precautionary Action) of the “*Final Declaration of the First European Seas At Risk Conference*”, Copenhagen, 26-28 October 1994: “3. The burden of proof is shifted from the regulator to the person or persons responsible for the potentially harmful activity, who will now have to demonstrate that their actions are/will not cause harm to the environment”.

<sup>23</sup> Several authors disagree with such a shift, and even with the precautionary approach being an autonomous principle of international environmental law. For example, CAMERON; ABOUCHAR, 1991; BODANSKY, 2004, p. 390-391; SAND, 2000, p. 448, who understands that shifting the burden of proof would be the “most radical variant” of the precautionary principle.



difficulty in applying this.<sup>24</sup>

We can mention the 2010 International Court of Justice (ICJ) case of the pulp mill at the Uruguay River, in which the parties were Argentina and Uruguay.<sup>25</sup> In summary, Argentina questioned the construction and production of a pulp mill on a river that borders both countries, based on a bilateral agreement. Argentina argued that, based on the precautionary principle, the mill could not operate in such a location, because it could pose a serious risk of irreparable environmental damage.<sup>26</sup> Therefore, Argentina said that the burden to prove whether or not there were serious risks of damage to the environment was on Uruguay, and until it was proven that such an undertaking did not represent a real threat to the environment, they should shut it down. However, ICJ explicitly denied the reversal of the burden of proof in this case and kept the mill in operation, even without knowing exactly the consequences of such activity (KAZHDAN, 2011, p. 528). The ICJ's judgment was based on extremely technical aspects of the bilateral agreement – which did not contemplate the reversal of the burden of proof – and not on the broad application of the precautionary principle.<sup>27</sup>

The World Trade Organization (WTO) also had the chance to analyze the precautionary principle and the reversal of the burden of proof. However, the legal bodies of the WTO have consistently assigned the burden of proof to the complainant (HORN; MAVROIDIS, 2009, p. 115). This is the case of the hormones in cattle meat in which the European Union prohibited imported North American and Canadian meat treated with hormones (EC Measures, 1998). The WTO reviewed the case and understood that the burden to prove that the food was harmful to human health was on the complainant (EC Measures, 1998, p. 35-40). It also

<sup>24</sup> It is not our purpose here to provide an in-depth analysis of the way the national courts of each country apply the precautionary principle and the shift of the burden of proof; however, as an example, we can mention the text by Jacqueline Peel on the application of this principle in the Australian jurisprudence: PEEL, 2009, p. 21: “If the two conditions precedent or thresholds of the precautionary principle were met, the legal result, according to the court, was to shift the burden of proof to the development proponent to demonstrate that the ‘threat does not in fact exist or is negligible’”.

<sup>25</sup> ICJ Reports. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay). 4 May 2006. Available at <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>. Accessed 17 January 2017. About the case, see KAZHDAN, 2011, p. 527-552.

<sup>26</sup> Pulp Mills on the River Uruguay – Argentina v. Uruguay – ICJ – Oral Proceedings, CR 2009/12, p. 66, para. 28: “Even if the risks of serious harm may in some circumstance appear to be merely potential, the precautionary principle requires “[the adoption of] cost-effective measures to prevent environmental degradation” (“l’adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l’environnement”). Available at <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15471.pdf>. Accessed 17 January 2016.

<sup>27</sup> ICJ Reports. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay). at 61, para. 164.



considered that the precautionary principle needed to be better regulated internationally to be applied in international trade, but said that this principle could be used in exclusively environmental issues (EC Measures, 1998, p. 45-46, par. 123).<sup>28</sup>

We also have to mention the case law of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) on the matter. The reality is that the Tribunal has not explicitly made its view of the shift of the burden of proof in the application of the precautionary principle public. On 1 February 2011, the ITLOS, in an advisory opinion on the “Responsibilities and obligations of states sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area” (ITLOS, 2011), strongly stressed the application of the precautionary approach; however, it did not mention the possibility of shifting the burden of proof. We analyze this opinion further, because of its huge importance to the use of the precautionary principle in the law of the sea.<sup>29</sup>

### **3 THE PRECAUTIONARY APPROACH AS A GUIDING PRINCIPLE FOR THE ENVIRONMENTAL PROTECTION OF THE SEA – FROM THEORY TO PRACTICE**

So far, this paper has analyzed the precautionary principle in general theoretical terms and investigated its new meanings for the international environmental law. Now, let us study how these theoretical aspects are applied in international law for the environmental protection, especially the marine environment. The purpose now is to study how the international practice has used the precautionary principle to protect the marine environment from pollution and degradation.

In this sense, once again we can say that the precautionary approach is an idea that came from the law of the sea and quickly spread to other international conventions. However, even though it is posited in several texts, the exact definition and the way it was used in international

<sup>28</sup> This same position was repeated by the WTO panel on the Biotech case in 2006. EC Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WTO 29 September 2006, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS291/R. In this case, it was said that the precautionary principle is established in many international treaties, but almost exclusively for the environment. In addition, the principle has been referred to and applied by the national States in domestic environmental law.

<sup>29</sup> In addition to this opinion, the ITLOS, in other cases, that the precautionary principle should be a guiding principle of marine law. We may cite here the Southern Bluefin Tuna case and the MOX Plant Case. Even if the merits of the cases were not analyzed, the ITLOS could reaffirm the importance of the precautionary approach for the marine environment. Because in none of these cases the ITLOS analyzed the shift of the burden of proof, these cases are not addressed here. We analyze specifically the jurisprudence of the ITLOS on the precautionary approach and both cases are studied in depth.

law went through a phase of uncertainty and great controversy (MARR, 2003, p. 21). Some authors include the precautionary approach in the list of general principles of law, whereas others prefer to include it in customary rules (MOSEDALE, 1997, p. 221) and others even deny its status as a legal principle due to its great inaccuracy (CHARMIAN, 1998, p. 509; FITZGERALD; ELLIS, 2004, p. 779 – 800). Particularly in the 1990s and at the beginning of the 21<sup>st</sup> century, when the principle appeared in international conventions, without a clear definition of its application, a great number of legal scholars were concerned about accepting the precautionary approach as an imperative principle of law.<sup>30</sup>

Besides, the greatest contestants of the precautionary approach have always been the States themselves, which, afraid of its limitless use, preferred to see it as a mere guideline (MACDONALD, 1995, p. 269) and not as a binding principle. The fear of the States was justified in view of the initial uncertainties about the mode of utilization, apparently very subjective, with the potential of preventing each and every activity for merely not having concrete data about the environmental consequences. That is, in the urge to prevent each and every risk that might stop every human activity, a social hypertrophy of “not doing” would result (BODANSKY, 2004, p. 384-385).

However, the uncertainties gradually dissipated, and the precautionary approach started to be developed, particularly in the case law, as a guiding principle of international environmental law, with aspects that are more precise and objective. The law of the sea has had an important role in this evolution. It was in this legal field that the precautionary approach came to existence and evolved with greater accuracy (SAGE-FULLER, 2013, p. 62; FOSTER, 2011, p. 138; CHAZOURNES, 2007, p. 25). Thus, we now analyze how the precautionary approach is applied to protect the seas.

---

30 About the matter, GOMES, 2000, p. 211 says: “To us, the greatest risk of assumption of precaution as a principle – although with the entire vagueness of a principle, by definition, has – is of the tendency to overvalue certain values – *maxim*, in which here it directly matters, the natural resources – to the detriment of others, abstracting any ponderation and in the absence of minimally conclusive scientific proof”.

### 3.1 The Jurisprudence of the ITLOS in the application of the Precautionary Approach for the protection of the marine environment

It is precisely in the ITLOS that, over the last few years, the precautionary approach has developed the most and was applied as a guiding principle of marine protection and in international environmental law. For this reason, the jurisprudential analysis of the ITLOS is imperative on this matter. We study three cases analyzed by the ITLOS that have this important role: the *Southern Bluefin Tuna Cases*, the *MOX Plant Case*, and the *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*.

#### 3.1.1 The Southern Bluefin Tuna Case

The ITLOS was called upon in 1999 by Australia and New Zealand against Japan<sup>31</sup> to settle a controversy about the fishing of the southern bluefin tuna (ANDO, 2007, p. 867- 876; ROMANO, 2001, p. 312- 348).<sup>32 33</sup>

First, it is necessary to keep in mind that the southern bluefin tuna (*Thunnus maccoyii*) is one of the highly migratory species regulated by Article 64 of the LOSC. Therefore, the LOSC already established that the States whose nationals fish for this species must cooperate to ensure its conservation and promote its optimal utilization in view of the over-exploitation risks caused by nationals of a State to the harm of the others.<sup>34</sup> For this reason, in 1982, Japan, Australia and New Zealand initiated a program to restore the stocks of tuna until the year 2020. Four years later, in 1986, these States were able to reduce fishing by 40% (ROSENNE, 2000, p 464). In view of this great progress, the three States decided to sign, on 10 May 1993, an international agreement to keep protecting and preserving the species and, on 20 May 1994, the Convention for the Conservation of

31 Despite being about the same subject, Australia and New Zealand called upon the ITLOS separately. The ITLOS joined the proceedings to analyze both complaints together (*Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures*). However, regarding the numbering of the cases, the ITLOS refers to the New Zealand case as No. 3 and the Australian case as No. 4.

32 Also called “Southern Bluefin Tuna”, “Blue Tuna”; or “Southern Tuna”. The scientific name is *Thunnus maccoyii*.

33 Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures. All the documents are available at <http://www.itlos.org/index.php?id=62&L=1AND1%3D1>. Accessed 19 January 2017.

34 LOSC. Art. 64.

the Southern Bluefin Tuna was in force.<sup>35</sup>

However, Japan stated that from 1999 to 2001 it was going to conduct a unilateral experimental fishing program on the species, increasing exploitation beyond what was established by the Commission for the Conservation of Southern Bluefin Tuna. The decisions of the Commission are made by a unanimous vote of the three members.<sup>36</sup> In May 1994, when the first meeting of the Commission was held, the Total Allowable Catch (TAC) was set at 11,750 tons, divided in the following manner: 6,065 tons for Japan; 5,265 tons for Australia; and 420 tons for New Zealand.<sup>37</sup> However, since 1998, the Commission has not been able to reach an agreement on a new TAC (BIALEK, 2000, p. 153). Japan, which was not satisfied with the quota, then decided to increase fishing for the aforementioned tuna unilaterally through this so-called experimental fishing program (MARR, 2000, p. 816).

In view of Japan's attitude, which is contrary to the Convention and to the interests of Australia and New Zealand, both latter States requested the constitution of an arbitral tribunal in accordance with Annex VII of the LOSC.<sup>38</sup> Furthermore, because they needed to put an immediate stop to the Japanese catch that went beyond the accorded TAC, these States also asked the ITLOS for a provisional measure, pursuant to Article 290, paragraph 5 of the LOSC; the arbitral tribunal was not required to analyze the merits of the complaint.<sup>39</sup>

The basis for the request for a provisional measure was the need for a precautionary attitude, because it was unknown whether the increase in the annual catch would cause irreversible damage to the number of southern bluefin tuna in the oceans.<sup>40</sup> The main argument was that the

35 Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna. Available at [http://www.ccsbt.org/user-files/file/docs\\_english/basic\\_documents/convention.pdf](http://www.ccsbt.org/user-files/file/docs_english/basic_documents/convention.pdf). Accessed 19 January 2017.

36 Rules of Procedure of the Commission for the Conservation of Southern Bluefin Tuna. Rule No. 6.

37 Data available at <http://web.archive.org/web/20020612124922/www.ccsbt.org/docs/management.html>. The current TAC data can be found at [http://www.ccsbt.org/site/total\\_allowable\\_catch.php](http://www.ccsbt.org/site/total_allowable_catch.php). Both were accessed 19 January 2017. Currently, South Korea, Taiwan and Indonesia are also members of the Commission.

38 The Arbitral Tribunal is the only mandatory means to solve controversies at the LOSC, that is, only this tribunal may be constituted without the consent of the parties. In this interim period, it is worth mentioning that the three States were already in 1999 signing members of the LOSC: Japan ratified the LOSC on 20 June 1996; Australia did so on 5 October 1994; and New Zealand on 19 July 1996.

39 The requests for provisional measures were submitted on 30 July 1999: Request for the Prescription of Provisional Measures Submitted by Australia; Request for the Prescription of Provisional Measures Submitted by New Zealand.

40 Request for the Prescription of Provisional Measures Submitted by New Zealand. p. 8.

scientific uncertainties about the exploitation of the species beyond the quota established in 1994 would not allow anyone to say that the tuna would be able to survive so as to at least keep its population stock (MARR, 2000, p. 816).

In a decision rendered on 27 August 1999, the ITLOS accepted, with a majority of votes, the request for a provisional measure. The ITLOS ordered, among other measures, the immediate suspension of Japan's experimental fishing program until the arbitral tribunal analyzed the merits of the case.<sup>41</sup> The ITLOS stated that "the parties should in the circumstances act with prudence and caution to ensure that effective conservation measures are taken to prevent serious harm to the stock of southern bluefin tuna".<sup>42</sup> That is, the ITLOS said that, in view of the lack of scientific evidence, the exploitation of tuna above the previously established quota could cause serious damage to the stock of the species. Therefore, it ordered the suspension of the over-exploitation based on "prudence and caution" (CHO, 2009, p. 64; STEPHENS, 2010, p. 225).

Although the ITLOS did not expressly mention the precautionary principle at any time, and much less worked on the concept, content and manner of application, this decision was very important in the development of the precautionary approach in international environmental law. First, in the matter of marine living resources, for the first time, an international court ordered the suspension of an activity based on scientific uncertainty.<sup>43</sup> Second, in doing so, it offered an incentive to fishing nations everywhere to cooperate in managing and preserving fishing resources by signing multilateral agreements, as stated in the LOSC itself.

This way, in sum, the ITLOS decision in the case of the southern bluefin tuna was an important milestone for the evolution of the concept and the practical application of the precautionary principle. Even though the ITLOS did not analyze and develop the theme with more precision and in depth, this decision had the merit of applying the precautionary principle in an actual case of conservation of marine natural resources.

---

41 Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures. Order. 27 August 1999 at 16-17.

42 *Ibid.* at 14, para. 77.

43 This provisional measure was later struck down by the Arbitral Tribunal in conformity with Annex VII of LOSC to decide on the matter of the controversy, which upheld the Japanese position that there was no jurisdiction to judge the case (based on LOSC Article 282), because there was a regional treaty about the matter.

### 3.1.2 The MOX Plant Case

The MOX Plant case<sup>44</sup> was a conflict between Ireland and the United Kingdom about the construction and operation of a nuclear fuel processing plant in Sellafield, located in the northwest of England, at the border of the Irish Sea.<sup>45</sup> The argument was that the operation of this plant had not been duly analyzed and that there were uncertainties with respect to the possibility of marine pollution by nuclear waste. Ireland requested in June 2001 the constitution of an *Ad Hoc* Arbitral Tribunal under the 1992 OSPAR Convention (Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic) (Regarding the constitution of the ad hoc tribunal based on the OSPAR Convention, see VOLBEDA, 2006, p. 214). In October 2001, it requested the constitution of an Arbitral Tribunal according to LOSC Annex VII. However, before analyzing the merits of the case, Ireland applied to the ITLOS for provisional measures to order the immediate suspension of the activities conducted by the United Kingdom in the nuclear plant, because it understood the measure to be urgent and of difficult further repair. In the end, the European Court of Justice was also called upon because of EURATOM (About this legal “congestion”, see HICKS, 1999, p. 1643, which uses the expression “treaty congestion” for international environmental law).

Ireland based its argument to the ITLOS for provisional measures to immediately stop the activities at the MOX Plant on the precautionary principle. According to Ireland, the harmful effects of the plant on the marine environment of the region were unknown and might cause serious and irreversible environmental damage. Also, the Irish request declared that the United Kingdom should prove that this activity would be harmless to the environment and that preventive measures, before the scientific proof, were required.<sup>46</sup>

In a decision rendered on 3 December 2001, the ITLOS did not recognize the request of Ireland because it held that the plant did not pose serious damage to the marine environment and that Ireland was not able to prove the urgency and severity of the potential damage (CHO, 2009, p. 64).

44 Acronym for Mixed Oxide Fuel. All the documents regarding the case in the ITLOS can be found at <http://www.itlos.org/index.php?id=102&L=1AND1%3D1>. Accessed 21 January 2017. *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures*.

45 In this sense, STEPHENS, 2010, p. 232 says: “As no nuclear facilities in the United Kingdom currently use the mixed uranium and plutonium fuel to generate electricity, MOX fuel is intended for export, via the Irish Sea”.

46 Request for Provisional Measures and Statement of Case submitted by Ireland, at 45, para. 101.

For the ITLOS, Ireland did not provide evidence of irreparable damage to its rights or serious damage to the environment as a result of the operations at the MOX plant and that, as a consequence, the precautionary principle did not apply in that provisional measure.<sup>47</sup>

Notwithstanding the refusal by the ITLOS to apply the precautionary principle, the decision was extremely important to set the standards and more objective rules to the utilization of this principle. To avoid the excessive use of the precautionary approach, which could diminish its international legitimacy as a result, the ITLOS seized the opportunity to clarify the scope and limits of its utilization. In doing so, it emphasized the need to specify the severity of the potential damage to the marine environment. Thus, to invoke the precautionary principle, the damage to be prevented cannot be general and abstract; it must be identifiable and clear. In addition, the threat must pose serious or irreversible damage to the environment, which was not proven in the MOX Plant case, especially because it was a provisional measure and not the analysis of the merits of the case (CHO, 2009, p. 64; STEPHENS, 2010, p. 237-238).

In sum, in addition to reaffirming that the precautionary principle cannot be used without restriction, this case served as a start to the establishment of more objective limits and standards for the preventive approach. In international environmental law, not every scientific uncertainty can prevent the society from conducting its activities and explorations. However, it is clear from the ITLOS's decision that the precautionary approach must be a guiding principle in the law of the sea.

### *3.1.3 Responsibilities and Obligations of the States in the Activities in the Area*

Among the cases analyzed by the ITLOS, and maybe in all the international courts, the Advisory Opinion of 1 February 2011 regarding the “Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area” is the most significant.

<sup>47</sup> *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures*. Available at [http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_10/Order.03.12.01.E.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/Order.03.12.01.E.pdf). Accessed 21 January 2017. Also: Joint Declaration of Judges Caminos, Yamamoto, Park, Akl, Marsit, Eiriksson and Jesus: “Under these circumstances of scientific uncertainty, the Tribunal might have been expected to have followed the path it took in the Southern Bluefin Tuna Cases to prescribe a measure preserving the existing situation. In its wisdom, it did not do so. It decided, in the circumstances of the case, that, in the short period before the constitution of an arbitral tribunal under Annex VII to the United Nations Convention on the Law of the Sea, the urgency of the situation did not require it to lay down, as binding legal obligations, the measures requested by Ireland”.



In this Advisory Opinion, the ITLOS made clear the terms in which the precautionary approach must be used in international environmental law, contributing very significantly to the development of this principle (LAMOTTE, 2011, p. 457).

First of all, the case in question was not a lawsuit; it was an advisory opinion.<sup>48</sup> The International Seabed Authority requested the ITLOS, by means of the Seabed Disputes Chamber of the ITLOS,<sup>49</sup> to settle the following matters: a) the responsibility of the States in terms of sponsoring activities in the area; b) the responsibility of the States for lack of compliance with the provisions established by the LOSC; in particular, regarding the activities listed in LOSC Article 153, paragraph 2, item “b”; and c) the appropriate measures that the States must take in order to fulfil their duties and responsibilities, especially with respect to Article 139 and Annex III of LOSC, and the 1994 Implementing Agreement (ITLOS. 2011, p. 5-6).

The opinion by the ITLOS explains all these questions and, with respect to the precautionary principle, it provides great advances, defining its manner of application and utilization. It is regarded as an historic decision (FREESTONE, 2011, p. 759). In answering the aforementioned questions, the advisory opinion identified several obligations directly for the sponsoring States,<sup>50</sup> such as: provide assistance to the Authority in the exercise of the control of the activities in the Area; apply the best environmental practices; take measures to ensure the provision of guarantees in the case of an emergency order from the Authority to protect the marine environment; provide compensation for the damage caused by pollution; conduct environmental impact assessments; and apply the precautionary principle (ITLOS. 2011, par. 122).

Regarding the precautionary approach, the ITLOS established, in paragraphs 125 to 135, the exact limits for its application regarding the exploration of polymetallic nodules on the seafloor that, in a certain way,

48 For a more in-depth study on the prior history, background and procedures of the case, see LAMOTTE, 2011, p. 455; CHURCHILL, 2011, p 501-503.

49 Under the terms of LOSC Part XI, the Seabed Disputes Chamber is in charge of solving any controversy involving the seabed, as well as issuing advisory opinions. LOSC Art. 191 and Art. 131 of the ITLOS Regulation. About the matter, FREESTONE, 2011, p. 759 says: “This is the first time that the advisory jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea has been invoked and the first time that the Seabed Disputes Chamber has been called upon”.

50 Sponsoring States are those countries whose state-owned companies and individuals or legal entities have the same nationality or are in effect controlled by the State, namely, those in LOSC Art. 139, par. 1; Art. 153, par. 4; and Art. 4, par. 4 of LOSC Annex III.



extend beyond the Area and apply to other marine activities.<sup>51</sup> That is, at least in the procedural issues and in the limits and rules for the utilization of the precautionary principle in international environmental law, the ITLOS's opinion extends beyond the strict guidelines of the opinion.

Regarding the application of the precautionary approach, first, the ITLOS begins the advisory opinion emphasizing that the international regulations themselves (Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules and Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Sulphides), which were reviewed in the case in question, in addition to other general international documents, state that the precautionary approach must be applied and taken into consideration in the exploration of the Area.<sup>52</sup> The ITLOS decided that, although the general documents – like Principle 15 of the Rio Declaration – are not legally binding, both Regulations have mandatory application (ITLOS. 2011, par 127).

Second, the ITLOS used the precautionary concept from Principle 15 of the Rio Declaration to establish how and in what situations this principle can be invoked: a) it can only be applied in threats of serious or irreversible damage to the environment. That is, only in situations of a greater risk, in which the environment might suffer damage to a point that corrective measures are not able to restore the marine environment in a satisfactory manner;<sup>53</sup> b) the cost-effectiveness of the precautionary actions to be adopted must be analyzed. That is, for their employment, the measures to be used must bring more benefits than costs. There are situations in which the cost of a certain precautionary action brings more harm than the possible damage (ITLOS. 2011, par. 128).

51 There is some discussion and even harsh criticism at times with respect to the scope of application of the opinion. That is, the ITLOS understood that the advisory opinion (par. 87) was only about the obligations of the States with respect to certain activities described in the international texts that we analyzed: ISA, Regulations for Prospecting and Exploration of Polymetallic Nodules (available at <http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Regs/PN-en.pdf>); ISA, Regulations for Prospecting and Exploration of Polymetallic Sulphides (<http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Regs/PolymetallicSulphides.pdf>). Thus, the opinion included only the following activities: “drilling, dredging, coring, and excavation; disposal, dumping and discharge into the marine environment of sediment, wastes or other effluents; and construction and operation or maintenance of installations, pipelines and other devices related to such activities” (ITLOS. 2011, par. 87). However, two important activities, which are even included in the analyzed International Regulations, were not included by the ITLOS: mineral transportation and processing. This position of the ITLOS was severely criticized in the literature. About the matter, see FREESTONE, 2011, p. 759, which defends the position of the ITLOS.

52 At several locations, both Regulations mention the duty to act with precaution.

53 The ITLOS does not provide more details about the definition of the “serious damage” capable of legitimizing the use of precaution as a principle in international environmental law; it is left to be applied on a case-by-case basis. This position is perfectly plausible, because it is not up to the ITLOS to come up with all the concepts precisely, and it would also run the risk of excessively restricting its application by doing so.

Third, the ITLOS alludes to Principle 15 of the Rio Declaration with respect to the fact that the precautionary approach must be adopted by the States, “according to their capabilities”, which introduces the possibility of different uses of the precautionary approach in light of the different capabilities of each State (ITLOS. 2011, par. 129). Having said that, the ITLOS refers to paragraphs 151 to 163 of the opinion where it covers the responsibilities of developing countries. This is a delicate situation in which the Tribunal had to establish what the responsibilities would be for these States and how they would apply the precautionary approach. That is, if the prescription were poorly framed, that could easily leave gaps in the application of the measures by the developing countries, which would be exempt from – or at least would have fewer – responsibilities in the application of the precautionary approach for the protection of the marine environment. However, it must be clear that no provision in the LOSC – or the 1994 Implementing Agreement – gives preferential treatment to developing States with respect to the responsibilities of sponsoring countries. Although the international documents have specifications – such as LOSC Article 140, paragraph 1, where it states that the activities in the Area must take “into particular consideration the interests and needs of developing States”; or Article 148, which promotes the participation of developing States in activities in the Area – no provision sets different responsibilities for developed and developing countries.

This way, one may initially believe that the requirements for the fulfilment of the obligation to apply the precautionary approach may be more demanding for the developed countries than for the developing countries. However, the reference made to the different capabilities in the Rio Declaration does not mean that the developing States are allowed to stop following the so-called “best environmental practices”, or even that they are exempt from responsibilities. On the contrary, both have the same duties and responsibilities in the application of the precautionary approach. According to the opinion, this equality is required; otherwise, this could lead to a fraud, with companies from a developed State trying to get sponsorship and support from a developing State to be submitted to less demanding regulations and controls. Such possibility would lead to a new kind of “convenience flag”, with a rush of exploration companies in search of fiscal and environmental incentives (ITLOS. 2011, par. 159).

Fourth, notwithstanding the specific obligation to use the precautionary approach as a guiding principle for the activities in the Area,

the ITLOS creates a general obligation of due diligence for the States, which is applicable even outside the scope of the case in question.<sup>54</sup> The due diligence obligation forces the States to take all the necessary measures to avoid damage that may result from any marine activity. This obligation applies to the situations where the scientific evidence about the scope and the potential of the harmful impact of the activity is insufficient, but the aforementioned requirements are met (FREESTONE, 2011, p. 758). Thus, to the ITLOS, “a sponsoring State would not meet its obligation of due diligence if it disregarded those risks. Such disregard would amount to a failure to comply with the precautionary approach” (ITLOS. 2011, par. 131). This implies that the advisory opinion, regarding the precautionary principle, is not limited to the specific activities in the Area; it applies to any other activity performed in the marine environment.

The ITLOS, in its analysis of the common expression “responsibility to ensure”, which is found in several international environmental treaties, interpreted it as a due diligence obligation, closely related to the precautionary principle (ITLOS. 2011, par. 110). However, one needs to consider the difficulty of describing the content of these obligations in specific terms. The notion of caution and due diligence changes: first, according to the nature of the activity and of the capability of the State to control the risks; second, because it can change in time, because the measures that are regarded as being sufficiently diligent at a certain point may not be at another, and *vice-versa*, in light of new scientific or technological knowledge. Therefore, the opinion holds that the due diligence standard must be the most demanding for high-risk activities (ITLOS. 2011, par. 117).

Last, the due diligence measures that the sponsoring States must take to meet their responsibilities compel them to enact effective laws. There is a determination here that the adoption of administrative laws and regulations is necessary. That is because not all obligations of a contracting party may be implemented via contract obligations (ITLOS. 2011, par. 218). Therefore, the content of the duty of caution is inseparable from the obligation of the State to act in legislative and administrative terms (BORGES, 2016, p. 78).

---

<sup>54</sup> In this sense: ITLOS. 2011, par. 131: “it is appropriate to point out that the precautionary approach is also an integral part of the general obligation of due diligence of sponsoring States, which is applicable even outside the scope of the Regulations”.

## CONCLUSION

The precautionary approach is extremely relevant in a global risk society and, as a consequence, in the current international environmental law. However, its legal scope and applicability are complex, and continue to be, in a certain way, uncertain. The doctrine has long been denied – and many still do – its autonomy as an independent principle with mandatory application. Be that as it may, with the natural development of the law, the precautionary approach has become an objective principle with international applicability, especially with respect to the protection of the seas.

Although we are still not able to safely say that the precautionary approach is included in international law as an unchallenged principle, it has been given great steps over the last few years in this direction. Particularly with the contributions of the international jurisprudence, especially from the ITLOS, the precautionary approach is evolving and becoming an autonomous principle, with less uncertainty and subjectivity that caused so much apprehension for the States and doubt in the doctrine.

Without denying the importance of other environmental principles for the effective protection of the marine environment, the precautionary approach has a special place. It requires the implementation of specific protection measures from the State, even before any certainty about the damage that a certain activity might cause to the environment. Due to the complex nature of the environmental damage, difficulties in the assessments and often the impossibility to correct the damage, these preventive obligations adopted by the law – conventional or from custom – have a crucial role in the management of risks.

Nevertheless, it is acknowledged that the precautionary approach still needs to be better regulated and developed. The precautionary approach is not accepted as an indisputable principle in international environmental law. However, for legal protection of the seas, the principle has been increasingly applied, particularly by the ITLOS.

In conclusion, the precautionary approach, invoking the notions of risk, scientific uncertainty and irreversible damage, calls the legal domain to the solution of environmental issues of a global risk society. In this way, it seeks to transform the instruments of responsibility, compensation, sustainable development and consideration of the future generations, thereby significantly increasing the protection of the environment. The final success of the precautionary principle still depends on the progress of and on a few

changes in the international institutions, but it is clear that the precautionary approach has become a solid principle of international environmental law, especially in the protection of the marine environment.

## REFERENCES

AREOSA, João. *O risco no âmbito da teoria social*. Trabalho apresentado no VI Congresso Português de Sociologia, P. 1-16, Lisboa; 2008.

BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. SAGE Publications Ltd, Londres, 1992.

BIALEK, Dean. *Australia and New Zealand v Japan: Southern Bluefin Tuna Case*. Melbourne Journal of International Law, , P. 153-161, Vol. 1, Issue1; 2000.

BODANSKY, Daniel, *Deconstructing the Precautionary Principle*. In.: CARON, David D.; SCHEIBER, Harry N., (eds.) *Bringing New Law to Ocean Waters*. Chapter 16, P.381-391, Brill, 2004.

BORGES, Leonardo Estrela. *Les obligations de prévention dans le droit international de l'environnement*. L'Harmattan, Paris; 2016

CAMERON, James; ABOUCHAR, Juli. *The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment*. Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 14, Issue no 1; 1991.

CANOTILHO; Jose Joaquim Gomes (coord). *Introdução ao Direito do Ambiente*. Universidade Aberta, Lisboa; 1998.

CASTILLO, Têresa Fajardo del. *A contaminação por hidrocarboneto depois da catástrofe do prestige e seu impacto no Direito Internacional e Comunitário*. In.: VARELLA, Marcelo Dias. Governo dos riscos. Rede Latino - Americana – Européia sobre Governo dos Riscos, P. 216-249, Brasília; 2005.

CAZALA, Julien, *Le principe de précaution en droit international*. Anthemis, Paris; 2006.

CHARMIAN, Barton. *The Status of the Precautionary Principle in Australia: Its Emergence in Legislation and as a Common Law Doctrine*. Harvard Environmental Law Review, Vol 22, 1998.

CHAZOURNES, Laurence Boisson de. *Precaution in International Law: reflection on its composite nature*. In.: NDIAYE, Tafsir Malick; WOLFRUM, Rüdiger. *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. P. 21-34, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands; 2007.

CHURCHILL, Robin. *Dispute Settlement under the UN Convention on the Law of the Sea: Survey for 2010*. The International Journal of Marine and Coastal Law, vol. 26, P. 495–523; 2011.

CHO, Yoona. *Precautionary Principle in the International Tribunal for the Law of the Sea*. Sustainable Development Law & Policy, P. 64-90, Fall; 2009, P. 64; STEPHENS, Tim. *International Courts and Environmental Protection*. Cambridge University Press, Cambridge; 2010.

DOYLE, Alan; CARNEY, Tom. *Precaution and Prevention: Giving Effect to Article 130r Without Direct Effect*. European Energy and Environmental Law Review, Issue 2, vol. 8; 1999.

FAURE, Michael; NIESSEN, Nicole. *Environmental Law in Development*. Edward Elgar Publishing Limited, Massachusetts; 2006.

FOSTER, Caroline E.; *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*. Cambridge University Press; Reino Unido; 2011.

FREESTONE, David. *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*. The American Journal of International Law, Vol. 105, no. 4, P. 755-760; 2011.

GALIZZI, Paolo; HERKLOTZ, Alena. *Environment and development: friends or foes in the 21 st century?* In: FITZMAURICE, Malgosia; ONG, David M.; MERKOURIS, Panos. *Research Handbook on International Environmental Law*. P. 69 – 99, Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido; 2010.

GARCIA, S. M. *The Precautionary Principle: its Implications in Capture Fisheries Management*. Ocean & Coastal Management, no 22, P. 99-125; 1994.

GILLESPIE, Alexander. *The Precautionary Principle in the Twenty-First Century: A Case Study of Noise Pollution in the Ocean*. The international journal of marine and coastal law, vol 22, no 1, P. 61-87; 2007.

GOMES, Carla Amado. *A Protecção Internacional do ambiente na Convenção de Montego Bay*. In: *Textos dispersos de Direito do Ambiente*. Vol. 1, 1º reimpressão. P. 189-221, AAFDL, Lisboa; 2008.

GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente: em especial, os actos autorizativos ambientais*. Coimbra Editora; Coimbra, 2000.

GOMES, Carla Amado. *Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Unisinos, São Leopoldo; jul./dez. 2011.

GONZALEZ-LAXE, Fernando. *The precautionary principle in fisheries management*. Marine Policy, no 29, P. 495–505, Elsevier; 2005

GULLETT, Warwick. *Environmental protection and the precautionary principle: a response to scientific uncertainty in environmental Management*. Environmental and Planning Law Journal, Vol. 14, Issue 1, P. 52-69; 1997.

HARDING, Ronnie; FISHER, Elizabeth C. (eds.) *Perspectives on the Precautionary Principle*. The Federation Press, Sydney; 1999.

HERMITTE, M. A. *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco: uma análise de U. Beck*. In.: VARELLA, Marcelo Dias. *Governo dos riscos*. Rede Latino - Americana – Européia sobre Governo dos Riscos, P. 6-22, Brasília; 2005.

HEY, Ellen. *The precautionary approach: Implications of the revision of the Oslo and Paris Conventions*. Marine Policy. - Elsevier, Vol. 15, P. 244-254, 1991.

HICKS, Bethany Luckitsch. *Treaty Congestion in International Environmental Law: The need for Greater International Coordination*. University of Richmond Law Review, no 32; 1999.

HOGEMANN, Edna Raquel; SANTOS, Marcelo Pereira dos. *Sociedade*



*de risco, bioética e princípio da precaução*. Veredas do Direito, v.12, n.24, p. 125-145, Belo Horizonte; 2015.

HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros C. *Burden of Proof in Environmental Disputes in the WTO: Legal Aspects*. European Energy and Environmental Law Review, Vol. 18, Issue 2, P. 112–140; 2009.

ITLOS. *Responsibilities and obligations of states sponsoring persons and entities with respect to activities in the area*. Advisory opinion. 1 February 2011.

KAZHDAN, Daniel. *Precautionary Pulp: Pulp Mills and the Evolving Dispute between International Tribunals over the Reach of the Precautionary Principle*. Ecology Law Quarterly, Vol. 38, P. 527-552; 2011.

KISS, Alexandre. *The Rights and Interests of Future Generations and the Precautionary Principle*. In.: FREESTONE, David; HEY, Ellen. *The Precautionary Principle and International Law*. Kluwer Law International, P. 19-28, Netherlands; 1996.

LAMOTTE, K. Russell. *Introductory Note to International Tribunal for the Law of the Sea: Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*. International Legal Materials, Vol. 50, no. 4, P. 455-493; 2011.

LEITE, José Rubens Morato. *Sociedade de Risco e Estado*. In.: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO; Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 5 Edição, Ed. Saraiva, São Paulo; 2012.

LOUKA, Elli. *International Environmental Law: Fairness, Effectiveness, and World Order*. Cambridge University Press, Nova Yorque; 2006.

MACDONALD, John M. *Appreciating the precautionary principle as an ethical evolution in ocean management*. Ocean Development & International Law, Vol. 26, Issue 3, P. 255-286, 1995.

MARR, Simon, *The Precautionary Principle in the Law of the Sea: Modern Decision Making in international law*. Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands; 2003.

MARR, Simon. *The Southern Bluefin Tuna Cases: the precautionary*



*approach and conservation and management of fish resources.* European Journal of International Law, Vol. 11, no 4, P. 815-831; 2000.

MARTIN, Gilles J. *Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir?* Actualité Juridique Droit Administratif, P. 2222-2226, n° 40, 2005.

MOSEDALE, Thomas. *The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law.* Journal of environmental law, Vol 9, n° 2, Oxford University Press, P.221-241, 1997.

OSSEMBÜHL, Fritz. *Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits- Arbeits- und Umweltschutz.* Neue Zeitschrift für Verwaltung, Heft 3; 1986.

PEEL, Jacqueline. *Interpretation and Application of the Precautionary Principle: Australia's Contribution.* RECIEL, Vol. 18, Issue 1, P. 11-25; 2009.

PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Como a Constituição é verde: os princípios fundamentais da Constituição Portuguesa do Ambiente.* AAFDL, Lisboa; 2001.

PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Mais vale prevenir do que remediar - prevenção e precaução no direito do ambiente.* In: PES, João Hélio Ferreira; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Direito Ambiental Contemporâneo - Prevenção e Precaução.* Juruá, Curitiba; 2009.

PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente.* Almedina, Coimbra; 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. *La función del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo - Defensa de un rol necesariamente modesto.* In: ALONSO Esteban Juan Pérez (coord). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente.* P. 415-428, Ed. Tirant lo Blanch, Espanha; 2012.

RANDEGGER J., *The precautionary principle and responsible risk management.* In Council of Europe: Parliamentary Assembly. Documents: working papers, 2007 ordinary session, first part, 22-26, Report Doc. 11119, p 161-170, 2007.

ROMANO, Cesare. *The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a World to Come ... Like It or Not.* Ocean Development & International Law, P.

312- 348, Vol 32, 2001.

ROSENNE, Shabtai. *The International tribunal for the Law of the Sea: survey for 1999*. The International Journal of Marine and Coastal Law, Vol. 15, no 4, Luwer Law International; 2000.

SAGE-FULLER, Bénédicte. *The Precautionary Principle in Marine Environmental Law*. Routledge, Nova Yorque; 2013.

SAND, Peter H.; *The Precautionary Principle: A European Perspective*. Human and Ecological Risk Assessment, Vol. 6, P. 445–458; 2000.

SCHIOCCHET, Taysa; LIEDKE, Mônica Souza. *O direito e a proteção das gerações futuras na sociedade de risco global*. Veredas do Direito, v.9, n.17, p. 109-131, Belo Horizonte; 2012.

SCHRIJVER, Nico. *The evolution of sustainable development in international law: Inception, meaning and status of sustainable development*. Pocktbooks of the Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands; 2008.

STEPHENS, Tim. *International Courts and Environmental Protection*. Cambridge University Press, Cambridge; 2010.

TINKER, Catherine. *State Responsibility and the Precautionary Principle*. In.: FREESTONE, David; HEY, Ellen. *The Precautionary Principle and International Law*. Kluwer Law International, P. 53-72, Netherlands; 1996.

TROUWBORST, Arie. *The Precautionary Principle and the Ecosystem Approach in International Law: Differences, Similarities and Linkages*. RECIEL, no 18 (1), P. 26-37, Blackwell Publishing Ltd.; 2009.

TROUWBORST, Arie. *Precautionary Rights And Duties of States*. Koninklijke, Netherlands; 2006.

TROUWBORST, Arie. *Prevention, Precaution, Logic and Law: The Relationship Between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions*. Erasmus Law Review, Volume 02 Issue 02, P. 105-128; 2009.

VOLBEDA, Bruce. *The MOX Plant Case: The Question of “Supplemental*

*Jurisdiction” for International Environmental Claims Under UNCLOS.* Texas International Law Journal, Vol. 42, P. 211-240; 2006.

ZANELLA, Tiago Vinicius. *Água de Lastro: um problema ambiental global.* Juruá, Curitiba; 2010.

ZANDER, Joakim. *The Application of the Precautionary Principle in Practice.* Cambridge University Press, Nova Yorque; 2010.

WEISS, E. B., *Global environmental change and international law: The introductory framework.* In.: WEISS, E. B. (eds.). *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions.* The United Nations University, Tokyo; 1992.

Artigo recebido em: 21/03/2017.

Artigo aceito em: 28/08/2017.

### **Como citar este artigo (ABNT):**

ZANELLA, Tiago Vinicius; CABRAL, Ricardo Pereira. The Application of the Precautionary Principle in International Law. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 229-259, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1032>>. Acesso em: dia mês. ano.



---

# A INFLUÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO ANDINO CONTEMPORÂNEO NA FORMAÇÃO DE UM PARADIGMA ACERCA DA AGROECOLOGIA

**Antônio Carlos Wolkmer**

---

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).  
Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).  
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNILASALLE Canoas.  
Professor Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).  
E-mail: acwolkmer@gmail.com

**Marina Demaria Venâncio**

---

Mestranda em Direito pela Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).  
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).  
E-mail: marinademariavenancio@gmail.com

## RESUMO

No contexto do Antropoceno, problemas cada vez mais complexos atingem a sociedade em crise. O triplo fardo da má nutrição e a insegurança alimentar são apenas alguns dos exemplos de problemáticas que demonstram a falência do modelo de produção associado à agricultura industrial. Nessa esfera, este artigo objetiva delinear a influência e as contribuições do “novo” constitucionalismo latino-americano, que estabeleceu no continente uma nova visão constitucional pautada no *bem viver*, no pluralismo jurídico e no direito à segurança alimentar e nutricional (SAN), para o estabelecimento do paradigma agroecológico. Nesse sentido, por intermédio de investigação metodológica documental e indutiva, considerando os avanços presentes nas constituições da Venezuela, do Equador e da Bolívia, a pesquisa busca destacar um conjunto de diretrizes para impulsionar e auxiliar os debates acadêmicos no âmbito das políticas de segurança e de soberania alimentar na América Latina. Tais constituições consistem em relevantes objetos de pesquisa jurídica, visto que fornecem diretrizes epistêmicas e metodológicas para o (re)pensar do papel do direito na transição para a sustentabilidade, apresentando bases para uma verdadeira quebra de

paradigmas no mundo jurídico, na transição de um direito do agronegócio para um direito da Agroecologia.

**Palavras-chave:** Antropoceno; “Novo” Constitucionalismo Latino-Americano; Segurança Alimentar e Nutricional; Soberania Alimentar; Agroecologia.

*THE INFLUENCE OF ANDEAN CONSTITUTIONALISM ON THE  
FORMATION OF A NEW AGROECOLOGICAL PARADIGM FOR LAW*

**ABSTRACT**

*In the Anthropocene, increasingly complex problems affect modern societies. The triple burden of malnutrition and food insecurity are some examples of problems that illustrate the failure of modern agriculture and its associated production model. In this sense, this article seeks to outline the influence and some contributions of the Andean Constitutionalism to the formation and consolidation of an agroecological paradigm. The “New” Latin American Constitutionalism has established in the continent a new constitutional perspective, based on the “buen vivir”, the legal pluralism and the human right to food. Therefore, this research, by adopting the inductive method and documentary research techniques, analyses the Venezuelan, Ecuadorian and Bolivian constitutions, highlighting a set of guidelines to foster and support the academic debates regarding food safety and sovereignty policies in Latin American. Those constitutions are certainly relevant to legal research, as they provide epistemological and methodological tools and insights to (re)think the role of law in the transition towards sustainability, offering a basis for a paradigm shift in the legal world, to assist the transition from an agribusiness law to an agroecological law.*

**Keywords:** *Anthropocene; “New” Latin American Constitutionalism; Food Nutrition and Safety; Food Sovereignty; Agroecology.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo busca identificar algumas contribuições do “novo” constitucionalismo latino-americano - que logrou estabelecer uma nova visão constitucional pautada no *bem viver*, no pluralismo jurídico e na valorização dos direitos sociais, entre os quais se insere o direito à segurança alimentar e nutricional (SAN) -, realizando uma análise, por meio de investigação metodológica indutiva, que considera os avanços presentes nas constituições da Venezuela, do Equador e da Bolívia, e destacando um conjunto de diretrizes para auxiliar os debates jurídicos no âmbito das políticas de segurança e soberania alimentar. Busca também, discutir o papel e função do Direito na promoção de modelos de desenvolvimento rural mais sustentável.

Certamente, a questão do fornecimento de alimentos suficientes, nutritivos, inócuos e culturalmente adequados a uma população em constante crescimento emerge como um dos grandes desafios para uma nova era geológica (Antropoceno). Situando a discussão no âmbito da América Latina, tem-se que são vários os desafios a serem superados na consecução de uma SAN sustentável no continente, entre os quais se destacam o colapso da agricultura moderna<sup>1</sup> e a sua resposta ineficaz aos problemas socioambientais complexos.

Tendo em vista esta proposta, dividiu-se a investigação em três momentos. Primeiramente, procura-se contextualizar a problemática na perspectiva do Antropoceno, da sociedade de riscos e da insegurança alimentar, focando-se no continente latino-americano. Em um segundo momento, realiza-se um breve panorama acerca do constitucionalismo andino contemporâneo e suas principais diretrizes, a fim de fornecer um prisma sobre os textos constitucionais da Venezuela, do Equador e da Bolívia. Na sequência, pontuam-se os mais relevantes dispositivos constitucionais desses países no âmbito da SAN, para que seja possível, ao final, realizar uma análise desses instrumentos, delineando-se, em uma perspectiva pluralista, as suas contribuições para os debates no âmbito da segurança e da soberania alimentar.

---

<sup>1</sup> Para fins desse estudo, utiliza-se como sinônimas as expressões agricultura moderna, convencional, industrial e capitalista, para identificar o modelo agrícola ainda hegemônico nos países ocidentais, não pautado em princípios de base ecológica, adotado sobretudo após a Revolução Verde, e caracterizado por práticas intensivas; pela dependência de insumos externos; pela ampla utilização de químicos e produtos da biotecnologia – tais como variedades transgênicas de sementes; e pelo foco na exportação e no lucro.

## 1 A DISCUSSÃO SOBRE A SOBERANIA ALIMENTAR E NUTRICIONAL EM UMA NOVA ERA GEOLÓGICA

Deve-se ter presente que as mudanças climáticas, a fome e a insegurança alimentar são apenas algumas das problemáticas vivenciadas em um momento do desenvolvimento das sociedades modernas em que o homem interveio de tal modo no meio ambiente que as consequências de suas ações se tornaram imprevisíveis, de difícil controle, e abalaram a divisão entre o mundo dito natural e o humano. Como bem coloca Purdy (2015), a mais radical expressão desse momento reside na constatação de que a divisão entre esses dois mundos não é mais precisa ou útil, uma vez que a humanidade interfere em tudo o que se encontra a sua volta, moldando dos pontos mais altos da atmosfera às profundezas dos oceanos. Não há mais natureza que se encontre de si dissociada e lugar ou coisa que não tenha sido por si modificada.

O termo Antropoceno, cunhado em 1970 por Stoermer e adotado por um número crescente de cientistas, é assim utilizado para indicar uma nova era geológica na qual a humanidade constitui *a força* determinante que molda o planeta Terra. Essa interferência antropogênica é tão impactante que, de acordo com estudo recentemente publicado na Revista *Nature*, ela será responsável por fazer o início da próxima era glacial impossível em quaisquer dos cenários de emissões de gases de efeito estufa previstos pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, sigla em inglês) (GANOPOLSKI, WINKELMANN, SCHELLNHUBER, 2016).

Observa-se, assim, que as crises do Antropoceno têm seu ponto de partida no reconhecimento de que o sistema que se imaginava estável e autossuficiente na resolução de seus problemas é, na realidade, instável e propenso ao colapso (PURDY, 2015). Entre as mais variadas leituras acerca desse momento, o sociólogo Beck (2012, p. 8) compreende-o como sendo um estágio da sociedade moderna que não meramente abandona os modos de vida tradicionais, mas também luta contra os efeitos colaterais da modernização de sucesso, com biografias precárias e ameaças incompreensíveis, que afetam a todos e contra as quais ninguém pode adequadamente se prevenir, denominando-o *sociedade de risco*.

Nessa sociedade, os mecanismos de controle já não conseguem responder aos riscos transfronteiriços, incalculáveis, não compensáveis e complexos<sup>2</sup> que se apresentam, carecendo de novas abordagens mais

<sup>2</sup> A complexidade é, primeiramente, um fenômeno quantitativo, “a extrema quantidade de interações e



adequadas à natureza dos problemas criados pela força transformadora dos homens. Nesse contexto, a humanidade passa a viver em uma *comunidade global de ameaças*, na qual os problemas tornam-se comuns, e os Estados já não conseguem administrá-los individualmente (BECK, 2012, p. 8). A herança da revolução verde, que trouxe juntamente com a mecanização e a inovação, os pesticidas, os organismos geneticamente modificados (OGMs) e a submissão dos pequenos produtores às grandes corporações, surgem como um bom exemplo da extensão e da complexidade das ameaças que ultrapassam as fronteiras dos países e afetam os países indistintamente.

Reconhecer, pois, que a espécie humana se encontra no Antropoceno é reconhecer que o homem tem responsabilidades e encontra-se no cerne das crises social, política econômica, e - sobretudo - ambiental de seu século, como uma de suas forças causadoras. Ademais, é igualmente reconhecer a necessidade de caminhar na direção de um modelo de desenvolvimento diferenciado pós-capitalista, que estabeleça perspectivas e estratégias plurais capazes de responder efetivamente às múltiplas crises<sup>3</sup> que atingem a sociedade, por meio do compromisso com a sustentabilidade<sup>4</sup>, com um melhor equilíbrio entre a natureza e o humano e com o bem-estar ético das futuras gerações.

No âmbito da reflexão sobre um modelo de desenvolvimento sustentável pós-capitalista, este ensaio volta suas atenções às interconexões entre o sistema produtivo e a SAN, que é definida pela Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO, sigla em inglês) como a situação em que “todas as pessoas, a todo o tempo, possuem acesso físico e econômico a alimentos bastantes, seguros e nutritivos para satisfazer suas necessidades alimentares diárias e preferências alimentares, para uma vida ativa e saudável”<sup>5</sup> (WORLD FOOD SUMMIT, 1996). É

de interferências entre um número muito grande de unidades”, que desafiam as possibilidades humanas de cálculo, compreendendo também “incertezas, indeterminações, fenômenos aleatórios” (MORIN, 2011, p. 35). Coincide, portanto, “com uma parte de incerteza, seja proveniente dos limites de nosso entendimento, seja inscrita nos fenômenos”, na perspectiva de sistemas ricamente organizados (MORIN, 2011, p.35).

3 Morin (2003, p. 94) denomina esse fenômeno de *policrise*, já que “não se poderia destacar um problema número um, que subordinaria todos os demais”, mas sim diversos problemas vitais que, em conjunto, delinham a problemática enfrentada pela espécie humana.

4 A sustentabilidade é entendida aqui no sentido de sustentabilidade forte, cujas regras ditam que (1) os recursos renováveis não devem ser utilizados para além de sua taxa de reprodução, (2) os recursos não renováveis devem ser gerenciados economicamente e substituídos por renováveis, e (3) a capacidade de absorção de poluentes não deve excedida (WINTER, 2008, p. 31). Essa noção vai para além do conceito de sustentabilidade pautado nos três pilares (sociedade, economia e meio ambiente) do relatório de Brundtland, o qual compreende que tais três componentes são equivalentes, quando, na realidade, a humanidade depende dos recursos naturais para desenvolver suas atividades.

5 Livre tradução de “*all people, at all times, have physical and economic access to sufficient, safe*

possível identificar, ao menos, quatro dimensões neste conceito: (1) a *disponibilidade* de alimentos, em quantidades de qualidade apropriada; (2) o *acesso* dos indivíduos a recursos adequados para adquirir alimentos apropriados para uma dieta nutricional; (3) a *utilização* de alimentos por meio de uma dieta adequada, água potável, tratamento sanitário e de saúde, para que se possa atender a todas as necessidades fisiológicas humanas; (4) e a *estabilidade* no fornecimento, ou seja, o acesso à alimentação adequada a todos os tempos (FAO, 2014, p. 2016).

Observa-se, assim, que o desafio da SAN, no Antropoceno, ultrapassa o mero fornecimento estável de alimentos em quantidades suficientes, o qual constituía o foco primordial da Conferência Mundial de Alimentação realizada em 1974, em Roma, e passa a abarcar a produção e fornecimento de alimentos nutritivos e de qualidade, que permitam aos seres humanos realizar plenamente seus direitos essenciais, sem deixar de manter a integradora e necessária preservação dos recursos naturais.

Ressalta-se que a problemática da alimentação tornou-se tão complexa que atualmente se discute, para muito além da questão da fome, o que se denominou *triplo fardo da má-nutrição*. Tais fardos referem-se (1) à *fome* propriamente dita, ou seja, o consumo de nutrientes abaixo do nível mínimo de consumo diário determinado pela FAO; (2) à *fome oculta*, que concerne à deficiência de micronutrientes como ferro, zinco e vitamina A; (3) e à *obesidade*, que diz respeito ao consumo excessivo de energia e dietas não saudáveis (TOWNSEND, 2016, p.5-26).

Alguns números que auxiliam a ilustrar a extensão desse triplo fardo são aqueles trazidos pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF, sigla em inglês) (2013, p.8-15) em relatório que mapeia a nutrição de crianças no mundo. Esse relatório aponta que, no ano de 2011, cerca de 101 milhões de crianças abaixo dos cinco anos no mundo (16% do total) encontravam-se desnutridas<sup>6</sup>; 165 milhões de crianças abaixo de cinco anos no mundo (26% do total) apresentavam déficit no índice de altura/idade, comprometendo seu crescimento em longo prazo - taxa conhecida como *stunting*<sup>7</sup> em inglês; e 43 milhões de crianças com menos de cinco (7% do total) estavam acima do peso.

---

*and nutritious food to meet their dietary needs and food preferences for an active and healthy life*" (WORLD FOOD SUMMIT, 1996).

6 Desnutrição (*undernourishment*) pode ser definida como "um estado com duração de, pelo menos, um ano, de incapacidade de adquirir comida suficiente, definido como um nível de ingestão de alimentos insuficiente para atender às necessidades energéticas das dietas alimentares" (FAO, 2014, p. 50).

7 Optou-se por utilizar o termo em inglês *stunting* neste trabalho, em vista da ausência de um correspondente adequado na Língua Portuguesa.

Tem-se que uma série de fatores vem contribuindo para a intensificação desses problemas ao longo dos últimos anos, entre os quais o *sistema alimentar*<sup>8</sup> (TOWNSEND, 2016, p. 5) e as práticas insustentáveis nele praticadas e que necessitam de atenção especial. Nesse sentido, destaca-se a urgência de que os sistemas alimentares deixem de ser parte do problema para tornar-se parte da solução (TOWNSEND, 2016, p. 5), o que perpassa necessariamente pela revisão dos sistemas e técnicas hegemonicamente utilizadas para a produção de alimentos.

Trazendo a discussão para o âmbito da América Latina e do Caribe, observa-se que, apesar do relevante progresso observado no alcance das metas estabelecidas pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs)<sup>9</sup>, os bens ambientais da região encontram-se sob crescente ameaça (PNUMA, 2016, p. 13). Como muito bem coloca o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) (2016, p. 13), a falha em lidar com questões fundamentais, tais como a perda de relevantes ecossistemas e espécies, a deterioração de recursos naturais e da água e o aumento das emissões de gases de efeito estufa, irá minar a base sobre a qual muitas das atividades da região dependem, aumentando a vulnerabilidade não só das sociedades latino-americanas, mas também daquelas que compõem o chamado Sul global (África e Ásia), o que muito, provavelmente, impactará profundamente o crescimento econômico e social no futuro.

No âmbito da SAN, destaca-se que, apesar de a região ser uma das maiores produtoras de alimentos do mundo, mais de 37 milhões de pessoas ainda não têm acesso adequado à alimentação (PNUMA, 2016, p. 127). Nesse sentido, aproximadamente 5,5% das pessoas latino-americanas e caribenhas sofrem de desnutrição (FAO, 2014, p. 8). Igualmente, 12 a 13% das crianças abaixo dos cinco anos de idade apresentam um déficit no índice de altura/idade, que vem comprometendo seu crescimento em longo prazo (STAHL, 2014, p. 24). Esses dados são ainda mais alarmantes em áreas remotas, com altas concentrações de povos indígenas, que registram uma alta prevalência de *stunting* quando comparadas ao resto da região (STAHL, 2014, p. 24). Esse é o caso da Guatemala, onde a condição de desnutrição afeta aproximadamente metade das crianças abaixo dos cinco

8 Compreendido como “o conjunto de instituições, recursos, *stakeholders* e comportamentos envolvidos na produção, transformação, entrega, venda e consumo de alimentos” (TOWNSEND, 2016, p. 5).

9 Os ODS podem ser assim elencados: (1) erradicação da extrema pobreza e da fome; (2) educação universal primária para todos; (3) promoção da igualdade de gênero e empoderamento das mulheres; (4) redução da mortalidade infantil; (5) melhoria da saúde das gestantes; (6) combate ao HIV/AIDS, malária e outras doenças; (7) assegurar a sustentabilidade ambiental; e (8) estabelecimento de uma parceria global para o desenvolvimento (ONU, 2016).

anos (STAHL, 2014, p. 24-25).

Diante desse cenário, registra-se que a grande demanda na região para, concomitantemente, alimentar a população e atingir as demandas para a exportação de gêneros alimentícios levou à instalação de um modelo agrícola pautado em sistemas intensivos (PNUMA, 2016, p. 128), característicos da agricultura moderna. A alta produtividade desses sistemas reside no amplo uso de terra, herbicidas, pesticidas, fertilizantes químicos, combustíveis e água, além de constantes investimentos em variedades de sementes e maquinários (PNUMA, 2011, p. 40). Tal modelo, além de pressionar os limites biofísicos dos ecossistemas e de produzir alimentos com propriedades nutricionais duvidosas, abala as estruturas sociais dos agricultores familiares e povos tradicionais, contribuindo para a acentuação das desigualdades sociais no campo e para a insegurança alimentar<sup>10</sup>. É possível afirmar, assim, que a agricultura convencional é verdadeiramente insustentável, uma vez que degrada os meios que lhe possibilitariam produzir alimentos em quantidade para suprir a demanda (GLIESSMAN, 2002, p.3).

Nesse contexto, e na perspectiva de um horizonte pluralista, torna-se necessária a popularização, a consolidação e o fortalecimento de estratégias e práticas de desenvolvimento rural na América Latina que se distanciem daquelas largamente empregadas pela agricultura moderna, ou seja, que se demonstrem mais sustentáveis e adaptadas à realidade local, levando em consideração as variadas formas de agricultura sustentável<sup>11</sup>, o papel fundamental dos pequenos agricultores e a valorização dos conhecimentos tradicionais e das sementes crioulas. Tem-se que as propostas de políticas e programas voltados ao campo, nessa região, necessitam incorporar tais aspectos a fim de que possam, de fato, aliviar o triplo fardo, progredir na direção da consecução da SAN e garantir a *soberania alimentar*.

A soberania alimentar, por sua vez, pode ser definida como “o direito de cada nação ou região de manter e desenvolver sua capacidade de produzir colheitas de alimentos básicos com a diversidade de cultivos correspondente” (ALTIERI, 2010, p. 24). Esse conceito remete fundamentalmente “ao direito dos povos de definir sua política agrária e alimentar, garantindo o abastecimento de suas populações, a preservação do

10 A insegurança alimentar pode ser definida como “a situação que existe quando os indivíduos não têm acesso seguro a quantidades suficientes de alimentos, nutritivos e seguros para um crescimento normal, um desenvolvimento e uma vida ativa e sadia” (FAO, 2014, p. 50).

11 Formas que serão mais bem debatidas na última seção deste trabalho.

meio ambiente e a proteção de sua produção frente à concorrência desleal de outros países” (MEIRELLES, 2004, p. 11), sendo de extrema relevância para reforçar a autonomia dos povos latino-americanos em definir suas próprias políticas. SAN e soberania alimentar são, pois, conceitos distintos que se comunicam, tendo o segundo uma abrangência mais ampla por tratar dos processos decisórios e da autonomia dos países.

No que concerne mais especificamente à esfera jurídica, situando-a nessa problemática, avalia-se que esses movimentos de popularização, consolidação e fortalecimento de práticas e estratégias rurais devem perpassar a discussão e a abertura de caminhos político-jurídicos para uma revolução no sistema produtivo. Nesse contexto, o Direito, que pareceu por muito tempo perpetuar o sistema dominante, tem um papel importante na quebra de paradigmas.

O mundo jurídico estatista e monocultural (de tradição eurocêntrica) necessita, assim, ultrapassar sua mera função simbólica de manutenção formalista do *status quo* das políticas agrárias e promover, de forma descentralizadora, participativa e pluralista, mudanças que permitam efetivamente o fortalecimento dos pequenos agricultores e dos povos tradicionais na América Latina. Nesse sentido, o constitucionalismo andino na América latina, representado, mais especificamente, pelas constituições da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009), apesar dos conhecidos desafios relacionados à implementação de seus textos<sup>12</sup>, trazem-nos interessantes lições no âmbito da SAN e da soberania alimentar, que nos permitem identificar diretrizes inovadoras que podem servir de reflexão a outros sistemas jurídicos, e uma base para uma abertura do Direito na direção complexa e plural de modelos de desenvolvimento mais sustentáveis, conscientes e condizentes aos desafios alimentares que devem ser superados no Antropoceno.

## 2 A INSURGÊNCIA DE UM “NOVO” CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA

Antes de aprofundar-se na análise específica dos textos constitucionais dos países objeto deste ensaio, torna-se importante *contextualizar* a questão no âmbito do constitucionalismo contemporâneo latino-americano, destacando-se, sobretudo, seus aspectos relacionados à

<sup>12</sup> Como é o caso da grande oposição conservadora na Bolívia.

cosmovisão andina e ao *meio ambiente*<sup>13</sup>.

Registra-se, dessa forma, que a proposta de um “novo” constitucionalismo vem ganhando força ao longo das últimas décadas, em países latino-americanos, sobretudo na Venezuela<sup>14</sup>, no Equador e na Bolívia, países cujo processo político foi profundamente marcado pela insurgência de novos movimentos coletivos que se contrapunham ao neoliberalismo dominante (BAILONE, 2011, p. 151) e às históricas desigualdades sociais na região. Essa proposta rompe com a hegemônica “tradição política e jurídica de base liberal e individualista”, distanciando-se da matriz eurocêntrica que, por muito tempo, orientou as teorias do Direito e do Estado (WOLKMER, 2014, p. 72).

Coaduna-se, assim, com a noção de uma *epistemologia do Sul*, que se define como

[...] a chamada por novos processos de produção e de valorização de conhecimentos válidos, científicos e não-científicos, e de novas relações entre diversos tipos de conhecimentos, a partir das práticas das classes e grupos sociais que sofreram de maneira sistemática as injustas desigualdades e as discriminações causadas pelo capitalismo e pelo colonialismo<sup>15</sup> (SANTOS, 2010, p.43, *tradução nossa*).

Nesse contexto, o Sul global consiste em uma metáfora do sofrimento humano em escala global e da resistência para superá-lo ou minimizá-lo, não se tratando de um conceito geográfico, apesar da maior parte dos povos afetados habitar os países localizados no hemisfério Sul (SANTOS, 2010, p. 43). É, pois, um “Sul anticapitalista, anticolonial e anti-imperialista”<sup>16</sup> (SANTOS, 2010, p. 43, *tradução nossa*), que se emancipa em um processo de (re)valorização e produção de conhecimentos que

13 Isso se justifica em vista da intrínseca relação do meio ambiente com as dimensões de SAN e a busca pela sustentabilidade, visto que só é possível (re)pensar a política e a legislação agrária dentro de um conceito de sustentabilidade forte, que reconheça a finitude dos recursos naturais e a necessidade de respeito aos limites biofísicos do planeta.

14 Cumpre destacar aqui que, em termos de meio ambiente, a sua proteção e manutenção são enquadradas pela constituição venezuelana como um direito-dever de cada geração, que devem fazê-los para o presente e o futuro (VENEZUELA, 1999, art. 127). Ademais, toda pessoa tem o direito, individual e coletivo, de “desfrutar de uma vida e de um ambiente seguro, sadio e ecologicamente equilibrado”, sendo uma obrigação fundamental de o Estado garantir que os solos, o clima, a água, *inter alia*, sejam especialmente protegidos (VENEZUELA, 1999, art. 127).

15 Livre-tradução de: “*el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo*” (SANTOS, 2010, p. 43).

16 Livre-tradução de: “*Sur anticapitalista, anticolonial y antiimperialista*” (SANTOS, 2010, p. 43).

levem em conta sua identidade e cultura.

Observa-se assim que, partindo-se de um contexto de crise do estado neoliberal (FERNÁNDEZ, 2010, p. 159), a vontade constituinte das classes populares nesses países da América Latina configurou um constitucionalismo “desde baixo”, definido por uma ampla mobilização social protagonizada pelos excluídos visando à expansão do campo político para além do liberalismo, por intermédio de “uma institucionalidade nova (plurinacionalidade<sup>17</sup>), [...] uma legalidade nova (pluralismo jurídico<sup>18</sup>), um regime político novo (democracia intercultural) e novas subjetividades individuais e coletivas (indivíduos, comunidades, nações, povos, nacionalidades)” (SANTOS, 2010, p. 70).

Nesse âmbito, projetaram-se textos constitucionais portadores “de uma cosmovisão alternativa, derivada da valorização do mundo indígena e da refundação das instituições políticas, que reconhecem as necessidades históricas de culturas originárias encobertas de identidades radicalmente negadas ante sua própria história” (WOLKMER, 2014, p. 72). Essas novas constituições definiram o Estado com a fórmula do Estado Social<sup>19</sup>, estabelecendo um regime econômico que, simultaneamente, reconheceu a economia de mercado e garantiu uma ampla intervenção e regulação do Estado na Economia (FERNÁNDEZ, 2010, p. 169). Manifestaram, assim, “uma vontade política de alcançar maiores níveis de justiça social e redistribuição da riqueza, isto é, uma maior realização dos direitos sociais”<sup>20</sup>, os quais se tornaram totalmente protegidos e arguíveis em juízo, com a mesma hierarquia que os direitos políticos e civis (FERNÁNDEZ, 2010, p. 174, *tradução nossa*).

Um aspecto desse constitucionalismo pluralista andino que é de

17 Na linguagem dos direitos humanos, a “plurinacionalidade implica o reconhecimento de direitos coletivos dos grupos sociais em situações em que os direitos individuais das pessoas que os integram resultam ineficazes para garantir o reconhecimento e a persistência de sua identidade cultural ou o fim da discriminação social da qual são vítimas” (SANTOS, 2010, p. 81). O reconhecimento da plurinacionalidade implica, portanto, a noção de autodeterminação e autogoverno e demanda o reconhecimento de outro conceito de nação, pautado na pertinência comum a uma etnia, cultura ou religião (SANTOS, 2010, p. 81).

18 Tendo como referência o texto da constituição boliviana, Wolkmer (2015, p. 245) pontua que o pluralismo é estabelecido como fundamento do Estado “consagrando o reconhecimento ancestral de formas comunitárias e autônomas de justiça, em que as decisões são tomadas coletivamente para a resolução dos conflitos, buscando viver bien em equilíbrio entre todos com a natureza”.

19 “*Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia*” (art. 2) na Venezuela (1999), “*Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, idependiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico*” (art. 1) no Equador (2008) e “*Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*” (art. 1) na Bolívia (2009).

20 Livre-tradução de: “una voluntad política de potenciar mayores niveles de justicia social y redistribución de la riqueza, esto es, mayores niveles de aseguramiento de los derechos sociales a todos los ciudadanos (FERNÁNDEZ, 2010, p. 174).



grande relevância para esta investigação é o reconhecimento, sobretudo pelas constituições equatoriana e boliviana, do direito ao desenvolvimento do *bem viver*, denominado também de *suma qamaña* (Bolívia) ou *sumak kawasay* (Equador).

O *sumak kawsay*<sup>21</sup> consiste em uma expressão quéchua que significa pleno-viver ou *bem viver*, “[...] cujo conteúdo não é outra coisa que a ética - não a moral individual - que deve reger a ação do Estado e conforme a qual as pessoas também devem relacionar-se entre si e, em especial, com a natureza” (ZAFFARONI, 2001, p. 111).

Destaca-se que a constituição equatoriana operou um verdadeiro *giro biocêntrico*, reconhecendo não somente o *sumak kawasay* como também direitos próprios da natureza (WOLKMER, 2015, p. 244). Dessa forma, seu preâmbulo reforça a decisão do povo de construir “uma nova forma de convivência cidadã, em diversidade e harmonia com a natureza, para alcançar o *bem viver*; [e] uma nova sociedade que respeita, em todas suas dimensões, a dignidade das pessoas e das coletividades”<sup>22</sup> (EQUADOR, 2008). Seguindo a mesma linha, o art. 71 dispõe que a natureza - ou Mãe Terra - detém o direito de respeito à sua existência e à manutenção e regeneração de suas funções, estruturas e ciclos vitais (EQUADOR, 2008).

A Constituição do Equador declara, assim, o direito de todos de viver em um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, que garanta a sustentabilidade e o bem viver (art.14), determinando como de interesse público “a preservação do ambiente, a conservação dos ecossistemas, a biodiversidade, a integridade do patrimônio genético do país, a prevenção do dano ambiental e a recuperação dos espaços naturais degradados”<sup>23</sup> (EQUADOR, 2008, art. 14, *tradução nossa*). Observa-se, desde já, que a lógica mercadológica e depredatória da agricultura moderna, de manutenção de grandes latifúndios manejados intensivamente, não encontra muito espaço nesse novo modelo constitucional.

Como muito bem elucida Zaffaroni (2011, p. 111), a Mãe Terra (*Madre Tierra*) assume a condição de um verdadeiro *sujeito de direitos*, incorporando todos os seres vivos, não reduzido ou limitado aos humanos.

21 Conhecido na Bolívia como *suma qamaña*.

22 Livre-tradução de: “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades [...]” (EQUADOR, 2008).

23 Livre-tradução de: “la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados” (EQUADOR, 2008, art. 14).



Dessa forma, tais direitos podem ser reclamados por qualquer vivente, humano e não humano, em amplo espectro de abrangência. Tal consagração trata-se de um corolário alcançado pelos movimentos sociais e pelas lutas camponesas (BAILONE, 2011, p. 157) e sua invocação implica uma obrigação de respeito ao meio ambiente e a todas as formas de vida, que se traduz na regra ética fundamental do *bem viver* (ZAFFARONI, 2011, p.111).

Em sentido parecido, a constituição boliviana, que representa o marco fundamental da institucionalização do pluralismo jurídico (WOLKMER, 2015, p. 244), faz remissão à Mãe Terra em seu preâmbulo, que inclui, entre os princípios ético-morais da sociedade plural, a vida boa (*tekokavi*), a vida harmoniosa (*ñandereko*) e o viver bem (*suma qamaña*) (art. 8) (BOLÍVIA, 2009). Ademais, o texto constitucional determina o direito de todos a “um meio ambiente saudável, protegido e equilibrado”, devendo o exercício desse direito “permitir os indivíduos e coletividades das presentes e futuras gerações, além dos outros seres vivos, desenvolver-se de maneira normal e permanente”<sup>24</sup> (art. 33) (BOLÍVIA, 2009, *tradução nossa*).

Diante desse breve panorama acerca do constitucionalismo pluralista andino, estabelece-se, dessa forma, um prisma que facilita a compreensão e a contextualização dos princípios, mecanismos e diretrizes estabelecidas pelos textos constitucionais da Venezuela, do Equador e da Bolívia no âmbito da segurança e da soberania alimentar na América Latina. Esses textos constitucionais conceberam uma ótica diferenciada para a questão, que se coaduna com uma abertura, na esfera do Direito e no horizonte do continente, na direção de um modelo de desenvolvimento rural mais sustentável, conforme se observará na sequência deste estudo.

### **3 A SOBERANIA ALIMENTAR E A AGRICULTURA SUSTENTÁVEL NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO LATINO-AMERICANO**

No contexto do triplo fardo da má-nutrição que atinge a América Latina, bem como das crises do Antropoceno e de sistemas jurídicos que precisam repensar-se e oferecer respostas a uma *sociedade de riscos*,

24 Livre-tradução de: “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente” (BOLÍVIA, 2009, art. 33).

que já não encontra mais as soluções para seus problemas dentro de seus mecanismos de controles tradicionais, as novas constituições latino-americanas destacam-se como um interessante objeto de estudo, exatamente por inovar na tradicional maneira de pensar as funções dos atores rurais e os métodos produtivos.

As três constituições são, assim, trabalhadas nessa seção em ordem cronológica, apontando-se seus mais relevantes dispositivos, identificados em pesquisa predominantemente documental, nos eixos relacionados à SAN (disponibilidade, acesso, utilização e estabilidade no fornecimento de alimentos), que servem de base para a discussão no âmbito da temática realizada na seção seguinte.

### 3.1 O caso da Venezuela

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999 elencou as políticas nacionais e a legislação em matéria de segurança alimentar como competências do poder público nacional<sup>25</sup> (VENEZUELA, 1999). Importantes medidas relacionadas à segurança alimentar estão consagradas no artigo 305 do Título VI (Sistema Socioeconômico), que estabelece a produção de alimentos como de interesse nacional, tratando-a como elemento fundamental para o desenvolvimento econômico e social da Nação (VENEZUELA, 1999).

O dispositivo supramencionado *constitucionaliza* o conceito de segurança alimentar, que é definida como “a disponibilidade suficiente e estável de alimentos no âmbito nacional e o acesso oportuno e permanente a estes por parte do público consumidor”<sup>26</sup> (VENEZUELA, 1999). Igualmente, define a *agricultura sustentável* como a base estratégica do desenvolvimento rural para alcançá-la, o que deve ocorrer por intermédio do desenvolvimento e privilégio da produção agropecuária interna, ou seja, aquela proveniente das atividades agrícola, pecuária, pesqueira e aquícola (VENEZUELA, 1999).

Ressalta-se que o artigo 305 da Constituição de Venezuela define as competências do Estado de: (1) editar as medidas (financeiras, comerciais, de transferência tecnológica, i.a.) necessárias para atingir

25 Na Venezuela o poder público se divide entre Poder Municipal, Poder Estatal e Poder Nacional. Este último, ao qual se refere o texto, é aquele que se divide entre Legislativo, Executivo, Cidadã e Eleitoral (VENEZUELA, 1999).

26 Livre-tradução de “o la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor” (VENEZUELA, 1999, art. 305).

níveis estratégicos de auto abastecimento; (2) promover ações na esfera da economia nacional e internacional para compensar as desvantagens inerentes à atividade agrícola; e (3) proteger os assentamentos e comunidades de pescadores artesanais, bem como seus locais de pescas em águas continentais e em regiões próximas a linha de costa (VENEZUELA, 1999).

Nesse mesmo sentido, o art. 306 prevê, com o intuito de gerar empregos, de garantir um nível adequado de bem-estar à população campezina e de promover a sua incorporação ao desenvolvimento nacional, o dever do Estado de promoção das condições (e.g. crédito) para o desenvolvimento rural integral, fomentando a atividade agrícola e o uso otimizado da terra (VENEZUELA, 1999).

Já o art. 307 determina o regime latifundiário como *contrário* ao interesse social, sendo responsabilidade do Estado zelar pela ordenação sustentável das terras agrícolas e assegurar seu potencial agroalimentar (VENEZUELA, 1999). Esse artigo também reconhece o direito dos campesinos e demais produtores à propriedade da terra, nos termos e casos da lei específica (VENEZUELA, 1999).

Destaca-se que outro dispositivo de extrema relevância para os debates no âmbito da segurança alimentar é o artigo 124, inserido no Capítulo VIII dos povos indígenas<sup>27</sup>, que garante a *propriedade intelectual coletiva* dos seus conhecimentos, inovações e tecnologias (VENEZUELA, 1999). Nesse sentido, todas as atividades associadas a esses povos e relacionadas com recursos genéticos e conhecimentos tradicionais devem perseguir benefícios coletivos, proibindo-se, assim, o registro de patentes<sup>28</sup> sobre os recursos e conhecimentos ancestrais (VENEZUELA, 1999). Tal discussão é extremamente pertinente quando se situa o debate no contexto do patenteamento desses saberes pelas grandes corporações, sobretudo de

---

27 No que tange aos indígenas, cumpre destacar que o texto constitucional reconhece a existência dos povos e comunidades indígenas, sua cultura, organização (social, política e econômica), religiões e direitos originários sobre as terras que ocupam (VENEZUELA, 1999, art. 119). Igualmente, consagra o direito desses povos às suas atividades produtivas tradicionais, à participação na economia nacional, à definição de suas prioridades e à manutenção e promoção de suas próprias práticas econômicas (VENEZUELA, 1999, art. 123).

28 Este dispositivo coaduna-se com a decisão 391 de 1996 da Comunidade Andina (Comissão do Acordo de Cartagena), que criou o *Regime Comum Andino de Acesso aos Recursos Genéticos* e determinou aos países membros que não reconheçam “direitos, incluídos os de propriedade intelectual, sobre recursos genéticos, produtos derivados ou sintetizados e componentes intangíveis associados, obtidos ou desenvolvidos a partir de uma atividade de acesso que não cumpra com as [suas] disposições” (COMUNIDADE ANDINA, 1996, tradução nossa). A legislação infraconstitucional venezuelana, notadamente a *Ley de la Diversidad Biológica* de 2000, posteriormente revogada pela *Ley de Gestión de La Diversidad Biológica* de 2008, seguiram a mesma linha, garantindo a propriedade intelectual coletiva e a proibição do patenteamento.

insumos e de sementes, que dominam grande parte dos mercados latino-americanos.

### 3.2 Equador: seus parâmetros constitucionais

Já a *Constituição da República do Equador* inclui, entre os deveres primordiais do Estado, a garantia indiscriminada ao direito à alimentação, que se associa especialmente também aos direitos à saúde, à liberdade (a uma vida digna) e ao meio ambiente sadio (art. 3º e seguintes) (EQUADOR, 2008). Nessa linha, determina no Capítulo II, dedicado aos direitos do *Bem Viver*, que as “pessoas e coletividades têm direito ao acesso seguro e permanente a alimentos saudáveis, suficientes e nutritivos; preferencialmente produzidos em nível local e em correspondência com suas diversas identidades e tradições culturais”<sup>29</sup> (art. 13) (EQUADOR, 2008, *tradução nossa*), alinhando-se às diversas dimensões que podem ser atribuídas ao conceito de SAN discutidas na primeira seção deste trabalho.

Ademais, o artigo 13 identifica o Estado como competente pela promoção da *soberania alimentar* (EQUADOR, 2008), ou seja, como incumbido da tarefa de definir suas próprias políticas agrárias e alimentares, buscando, concomitantemente, atender às necessidades regionais, preservar o meio ambiente e administrar sustentavelmente seus recursos. Nessa esfera, o artigo 304 da Constituição do Equador inclui entre os objetivos da política comercial a contribuição para a garantia dessa soberania (EQUADOR, 2008).

É importante destacar aqui que a Constituição do Equador dedica um capítulo inteiro, situado no título IV (Regime de Desenvolvimento), à soberania alimentar<sup>30</sup>, que passa, com o advento da nova legislação, a constituir “um objeto estratégico e uma obrigação do Estado para garantir que as pessoas, comunidades, povos e nacionalidades alcancem a autossuficiência de alimentos saudáveis e culturalmente adequados de maneira permanente”<sup>31</sup> (art. 281) (EQUADOR, 2008, *tradução nossa*).

29 Livre-tradução de: “*Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales*” (EQUADOR, 2008, art. 13).

30 Cumpre destacar aqui que a matéria foi regulamentada em 2009 pela Ley Orgánica del Régimen de La Soberanía Alimentaria.

31 Livre-tradução de: “*un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente*” (EQUADOR, 2008, art. 281).

Neste capítulo, composto por dois artigos, o artigo 281 elenca quatorze itens que contêm responsabilidades do Estado equatoriano no âmbito da soberania alimentar, as quais podem ser assim enumeradas: (1) o estímulo à produção e à transformação agroalimentar e pesqueira das unidades de produção médias e pequenas, das comunidades e da economia social e solidária; (2) a adoção de políticas econômicas (fiscais, tributárias e tarifárias) de proteção do setor de alimentos nacional; (3) a consolidação da diversificação e da introdução de tecnologias orgânicas e ecológicas na produção agropecuária; (4) a promoção de políticas redistributivas no âmbito dos recursos naturais produtivos; (5) o estabelecimento de mecanismos preferenciais de financiamento para produtores de pequeno e médio porte; (6) a promoção da agrobiodiversidade e dos conhecimentos tradicionais a si relacionados, bem como o uso, conservação e intercâmbio livre de sementes; (7) o asseguramento de que os animais destinados ao consumo humano tenham sido criados em um ambiente saudável e estejam saudios; (8) a garantia do desenvolvimento da pesquisa científica e da inovação tecnológica; (9) a regulação do desenvolvimento, experimentação, uso e comercialização das biotecnologias; (10) o fortalecimento do desenvolvimento de organizações e redes de consumidores e produtores, de comercialização e distribuição de gêneros alimentícios; (11) o impedimento de práticas monopólicas e qualquer tipo de especulação, criando sistemas justos e solidários de distribuição e comercialização de alimentos; (12) o fornecimento de alimentos a populações vítimas de desastres naturais e antrópicos<sup>32</sup>; (13) a prevenção e proteção da população contra o consumo de alimentos contaminados que apresentem riscos à sua saúde; e (14) a compra de materiais e alimentos prioritariamente de redes associativas de pequenos produtores para programas sociais e alimentícios (EQUADOR, 2008). Nota-se, em especial, a preocupação do constituinte com a economia local e o abastecimento interno, bem como o enfoque dado aos pequenos e médios produtores<sup>33</sup> como elementos essenciais do sistema agroalimentar.

Ressalta-se, ademais, que a carta equatoriana, finalizando o capítulo terceiro, dispõe que a terra deve cumprir sua função socioambiental, proibindo-se a concentração de terras e o latifúndio (art. 282) (EQUADOR,

---

32 Não podendo os alimentos recebidos de ajudas internacionais afetar a saúde e o futuro da produção de alimentos locais (EQUADOR, 2008, art. 281).

33 Nesse sentido, o artigo 373 da Constituição do Equador prevê um regime especial do seguro universal obrigatório, denominado seguro social campesino, para proteger a população rural e as pessoas dedicadas a pesca artesanal (EQUADOR, 2008, art. 373).

2008). Nesse sentido, cria-se um Fundo Nacional da Terra (FNT)<sup>34</sup>, que deverá regular o acesso equitativo de camponeses à terra (art. 282) (EQUADOR, 2008).

Além disso, o texto proíbe, em seu artigo 15, a consecução da soberania energética<sup>35</sup> em detrimento da alimentar (EQUADOR, 2008). Entende-se que tal dispositivo auxilia, por exemplo, a tomada de decisões no âmbito da produção de alimentos para fabricação de biocombustíveis de primeira geração, os quais são elaborados a partir de matérias vegetais produzidos pela agricultura, o que se torna apenas aceitável - em virtude do texto - nas situações em que a soberania alimentar do país não esteja ameaçada.

No que concerne ao polêmico tópico dos OGMs, o artigo 15 *veda* o desenvolvimento, a produção, a posse, a comercialização, a importação, o armazenamento e o uso de contaminantes orgânicos persistentes altamente tóxicos, de tecnologias e agentes biológicos experimentalmente nocivos, de agroquímicos internacionalmente proibidos e de OGMs prejudiciais para a saúde humana ou que atentem contra os ecossistemas ou a soberania alimentar (EQUADOR, 2008). Na mesma linha, o artigo 400 declara o Equador um país *livre* de cultivos e sementes transgênicas, que somente podem ser introduzidas em caso de interesse nacional fundamentado pela Presidência da República e aprovado pela Assembleia Nacional (EQUADOR, 2008). Tal dispositivo inclui e destaca o Equador como um dos poucos países do mundo em que são proibidos tanto o cultivo quanto a importação de transgênicos.

Ainda no que tange aos dispositivos concernentes à SAN, pontua-se que cabe ao Estado equatoriano desenvolver políticas de fomento à produção nacional na promoção do acesso equitativo aos fatores de produção (art. 334) e apoiar as comunidades rurais e agricultores na conservação e na restauração dos solos e no desenvolvimento de práticas agrícolas protetivas (art. 410). Igualmente se proíbe, na mesma linha venezuelana, toda forma de apropriação de conhecimentos coletivos (sobretudo patenteamento), no âmbito das ciências, das tecnologias e dos saberes ancestrais, bem como a apropriação de recursos genéticos que contêm a diversidade biológica e a agrobiodiversidade (art. 322) (EQUADOR, 2008).

Por fim, vale a pena ressaltar que o país se comprometerá a

34 O FNT foi efetivamente criado por intermédio da publicação da *Ley Orgánica de Terras Rurales y Territorios Ancestrales*, em 14 de março de 2016 (EQUADOR, 2016).

35 Nos termos do artigo 413, o Estado deverá promover “[...] energias renováveis, diversificadas, de baixo impacto e que não ponham em risco a soberania alimentar [...]” (EQUADOR, 2008).

promover estratégias coordenadas de soberania alimentar com os demais países da América latina, sendo a integração regional um objetivo estratégico do país (art. 423) (EQUADOR, 2008).

### 3.3 A legislação na Bolívia

A última das constituições a ser analisada neste trabalho, a *Constituição Política do Estado da Bolívia* de 2009, traz o *direito à alimentação* em seu rol de direitos fundamentais, estabelecendo a obrigação do Estado de garantir a *segurança alimentar* por intermédio de uma alimentação sadia, adequada e suficiente para toda a população (art.15) (BOLÍVIA, 2009). Em termos de SAN, o artigo 71 dispõe que os consumidores e usuários têm direito ao fornecimento - oportuno e eficiente - de alimentos em condições de *inocuidade, qualidade e quantidade* adequada e suficiente (BOLÍVIA, 2009).

Destaca-se que as temáticas relacionadas à SAN<sup>36</sup> são, em grande parte, trabalhadas no Título III, que é dedicado à regulamentação do *desenvolvimento rural integral sustentável*, parte fundamental das políticas econômicas do Estado (art. 405) (BOLÍVIA, 2009). Nesse sentido, a administração deve atingi-lo por “intermédio de políticas, planos, programas e projetos integrais de fomento à produção agropecuária, artesanal, florestal e ao turismo”<sup>37</sup> (art. 406), levando em conta: (1) o incremento *sustentado e sustentável* da produtividade agropecuária e agroindustrial; (2) a articulação entre as estruturas de produção agropecuárias e agroindustriais; (3) a busca por melhores condições de intercâmbio econômico do setor produtivo rural com o resto da economia do país; (4) a valorização e o respeito às comunidades indígenas originárias campesinas; (5) o fortalecimento da economia familiar e comunitária, bem como dos pequenos produtores (art. 405) (BOLÍVIA, 2009, *tradução nossa*). Devem-se priorizar, assim, ações que busquem o desenvolvimento do conjunto dos atores rurais e dos empreendimentos econômicos comunitários (art. 405) (BOLÍVIA, 2009, art. 405), em detrimento de ações voltadas à apenas um setor específico.

O Título III também estabelece como competência do Estado

36 Enaltece-se que o país tem uma rica legislação no âmbito da temática, surgida após a Constituição de 2009, destacando-se a *Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*, de 15 de outubro de 2012; a *Ley de Organizaciones Económicas Campesinas, Indígena Originarias e Organizaciones Económicas Comunitarias*, de 26 de janeiro de 2013; e a *Ley de Alimentación Escolar en el Marco de la Soberanía Alimentaria y la Economía Plural*, de 29 de dezembro de 2014.

37 Livre-tradução de: “por medio de políticas, planes, programas y proyectos integrales de fomento a la producción agropecuaria, artesanal, forestal y al turismo” (BOLÍVIA, 2009, art. 406).



o fortalecimento e a promoção das organizações econômicas produtivas rurais, tais como as dos artesãos, as cooperativas, as associações e “as micro, pequenas e médias empresas comunitárias agropecuárias, que contribuam para o desenvolvimento econômico social do país, de acordo com sua identidade cultural e produtiva”<sup>38</sup> (art. 406) (BOLÍVIA, 2009).

Os objetivos da política de desenvolvimento rural integral sustentável são colocados pelo artigo 407, podendo ser assim elencados: (1) garantia da segurança e soberania alimentar, priorizando-se o consumo de alimentos agropecuários produzidos no país; (2) estabelecimento de mecanismos de proteção à produção interna; (3) promoção da produção e comercialização de produtos *agroecológicos*; (4) proteção das atividades agropecuárias e agroindustriais contra desastres naturais e sinistros; (5) desenvolvimento e implementação de todos os níveis e modalidades de educação técnica produtiva e ecológica; (6) estabelecimento de projetos e políticas de maneira sustentável; (7) promoção de seguros para a produção agropecuária; (8) provimento de assistência técnica e estabelecimento de mecanismos de inovação e de transferência tecnológica ao longo da cadeia produtiva agropecuária; (9) criação de um banco de sementes e centros de investigação genética; (10) prestação de fomento e apoio aos setores produtivos cuja estrutura seja naturalmente debilitada; (11) controle do fluxo dos recursos biológicos e genéticos; (12) estabelecimento de políticas e programas no âmbito da inocuidade alimentar e da sanidade agropecuária; e (13) provimento de infraestrutura e serviços básicos ao setor agropecuário (BOLÍVIA, 2009).

Ainda no âmbito do desenvolvimento rural e finalizando o Título III, o artigo 408 estabelece como dever do Estado a determinação de auxílios em benefício dos pequenos e médios produtores, visando à compensação das desvantagens oriundas do intercâmbio desproporcional entre os produtos agropecuários e o resto da economia (BOLÍVIA, 2009).

Ressalta-se que compete também ao Estado “fomentar planos de assentamentos humanos para alcançar uma distribuição demográfica racional e um melhor aproveitamento da terra e dos recursos naturais, outorgando aos novos assentados facilidades de acesso à educação, à saúde, `segurança alimentar e à produção”<sup>39</sup> (art. 402) (BOLÍVIA, 2009, *tradução nossa*).

38 Livre-tradução de: “las micro, pequeñas y medianas empresas comunitarias agropecuarias, que contribuyan al desarrollo económico social del país, de acuerdo a su identidad cultural y productiva (BOLÍVIA, 2009, art. 406).

39 Livre-tradução de “Fomentar planes de asentamientos humanos para alcanzar una racional distribución demográfica y un mejor aprovechamiento de la tierra y los recursos naturales, otorgando a los nuevos asentados facilidades de acceso a la educación, salud, seguridad alimentaria y producción [...]”



No âmbito da propriedade intelectual, cumpre pontuar que as nações e povos indígenas originários campesinos têm direito à propriedade intelectual coletiva dos saberes, ciências e conhecimentos, bem como a sua valorização, o uso, a promoção e o desenvolvimento (art. 30) (BOLÍVIA, 2009).

Já no tocante à questão da concentração de terras, na mesma linha das constituições venezuelana e equatoriana, a Constituição da Bolívia proíbe o latifúndio e a dupla titularidade de terras, uma vez que os compreende como contrários ao desenvolvimento do país e ao interesse nacional (art. 398) (BOLÍVIA, 2009).

No que concerne à questão energética, destaca-se que, à semelhança do texto constitucional equatoriano, o boliviano pauta-se no incentivo a fontes alternativas e renováveis de energia, desde que respeitada a segurança alimentar da população, como fica claro na redação do artigo 300, 16 (BOLÍVIA, 2009). Nesse sentido, é injustificada a busca da segurança energética em detrimento da alimentar.

Na esfera internacional, o artigo 255 elenca como princípios norteadores da negociação, subscrição e ratificação de tratados internacionais: (1) o alcance da SAN e da soberania alimentar e (2) a proibição de importação, produção e comercialização de OGMs e de elementos tóxicos que causem danos à saúde e ao meio ambiente (BOLÍVIA, 2009).

Nesse contexto, no que tange aos OGMs, verifica-se que há uma aparente contradição no texto constitucional, visto que o artigo 409 predispõe que lei específica regulará a produção, a importação e a comercialização de alimentos transgênicos (BOLÍVIA, 2009). Dito isso, vale a pena mencionar que a questão da proibição ou não desses gêneros é um debate aceso na Bolívia, cujo futuro ainda é incerto em vista das contradições políticas e legislativas envolvidas na matéria<sup>40</sup>, que não constituem o foco desse trabalho.

No âmbito da legislação infraconstitucional, a título de complementação, cumpre destacar que, em abril de 2010, foi proclamada

---

(BOLÍVIA, 2009, art. 402).

40 A título de complementação destaca-se que, com exceção da soja transgênica (permitida por decisão governamental), hodiernamente a introdução, a produção, o uso, a liberação ao meio ambiente e comercialização de sementes geneticamente modificadas é, em tese, proibida no território boliviano, consoante a *Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien* de 2012 (BOLÍVIA, 2012). Todavia, a *Ley de Revolución Productiva* de 2011 dá margem para o ingresso de transgênicos de cultivos em que a Bolívia não é centro de origem ou diversidade (BOLÍVIA, 2011), sendo o debate pró e contra a liberação muito aceso no cenário político.

na Bolívia a Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra, que trabalhou com o conceito de Mãe Terra e reconheceu-a como uma “comunidade indivisível vital dos seres interdependentes e inter-relacionados com um destino comum” (CONFERÊNCIA..., 2010). Nesse sentido, consoante essa Declaração, a natureza foi reconhecida pela legislação infraconstitucional como um “sujeito vivente”, consolidando normativamente a cosmovisão ancestral (WOLKMER; FERRAZZO, 2015, p. 38). As leis representativas dessa consolidação são a Lei n. 71, de 21 de dezembro de 2010, conhecida como *Lei dos Direitos da Mãe Terra*, e a Lei n. 300, de 15 de outubro de 2012, intitulada *Lei Marco da Mãe Terra e Desenvolvimento Integral para o Bem Viver*. Em especial, a Lei n. 300/12 ressalta que o Estado promoverá o direito à alimentação com soberania e segurança alimentar, levando em consideração, complementarmente, todos os objetivos do *bem viver* (BOLÍVIA, 2012). Providenciam, portanto, um interessante aporte infraconstitucional para as questões debatidas nessa pesquisa.

#### **4 O FORTALECIMENTO DA SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL NA AMÉRICA LATINA**

Observa-se, em uma primeira análise dos dispositivos trazidos pelas constituições andinas, que essas constituições inauguram sistemas constitucionais muito próprios e únicos para lidar com a questão da segurança e da soberania alimentar, concedendo-lhes destaque. São, assim, dotadas de uma ótica que incorpora a visão do Sul, sobretudo dos movimentos sociais camponeses e povos originários e tradicionais, que influenciaram seus processos de conformação. Essa característica torna essas constituições relevantes objetos jurídicos de estudo, mormente em um contexto global do “*sistema mundo*” no qual se desperta para a complexidade dos problemas causados pelo modelo produtivo adotado desde a revolução verde e para a conseqüente necessidade de re)valorizar os recursos, os povos, as redes, as culturas e as tradições locais.

No que concerne mais especificamente aos seus dispositivos, a Constituição da Venezuela determina a produção de alimentos como interesse nacional, constitucionalizando o conceito de segurança alimentar e definindo a agricultura sustentável como base estratégia do desenvolvimento rural.

Já as constituições do Equador e da Bolívia assemelham-se em

diversos pontos, sobretudo em decorrência da consagração do direito ao *bem viver*; compartilhando cosmovisões afins. Nesse sentido, a primeira inclui a alimentação entre os direitos (fundamentais) do *bem viver*; constitucionalizando a SAN ao tratar do acesso seguro e permanente a alimentos saudáveis, suficientes e nutritivos, produzidos localmente e adaptados à sua cultura local. Igualmente, dedica um capítulo inteiro à soberania alimentar, fazendo menção direta à promoção da produção e da comercialização de produtos agroecológicos, e declara o Equador como um país livre de OGMs, proibindo, inclusive, sua importação.

A segunda, por sua vez, também declara o direito à alimentação como fundamental, constitucionalizando a obrigação do Estado de garantir a segurança alimentar (alimentação sadia, adequada e suficiente) e estabelecendo uma robusta política de desenvolvimento rural integral sustentável. Destaque-se também que ambas as constituições fornecem a fundação para a conformação de uma rica legislação infraconstitucional para o combate da insegurança alimentar, o que é comprovado pelas inúmeras leis específicas promulgadas no âmbito da matéria ao longo dos últimos anos, tais como a *Lei Marco da Mãe Terra e Desenvolvimento Integral para o Bem Viver* (2012) - boliviana.

De modo geral, é possível extrair algumas *lições* dessas constituições em termos de *elementos* relevantes para a operação de mudanças significativas nos sistemas alimentares, com o intuito de torná-los mais sustentáveis e atuantes na solução dos problemas do Antropoceno, bem como de atender à SAN, ou seja, à produção de alimentos suficientes, de qualidade nutricional e sanitária adequadas, compatíveis com a cultura daqueles que deles se beneficiarão.

Tais lições podem ser organizadas, para fins didáticos, em uma de lista de doze diretrizes, que podem servir de ponto de partida para uma interessante discussão jurídica dos elementos a serem considerados na esfera da SAN. É possível enumerar assim: (1) a valorização da produção local; (2) o incentivo à agricultura sustentável como base para o desenvolvimento rural; (3) o apoio à agricultura familiar<sup>41</sup>; (4) a promoção das pequenas e médias propriedades rurais; (5) a proibição da acumulação de terras e dos latifúndios; (6) a proteção dos conhecimentos tradicionais;

41 Destaca-se que a agricultura familiar, fenômeno complexo e multidimensional, define-se não somente pela maneira com a qual os agricultores familiares cultivam e vivem, mas também pelo tamanho dos estabelecimentos (PLOEG, 2014, p. 7). Pode ser assim definida como um “meio de organização das produções agrícola, florestal, pesqueira, pastoril e aquícola, que são gerenciadas e operadas por uma família e predominantemente dependente de mão de obra familiar, tanto de mulheres quanto de homens” (FAO, 2014, p. 2).

(7) a (re)valorização da cultura local; (8) o fortalecimento da economia e das redes locais; (9) o intercâmbio de sementes crioulas; (10) o banimento dos OGMs; (11) o banimento de pesticidas e químicos que apresentem riscos à saúde animal e humana; e (12) o incentivo à pesquisa no âmbito da agricultura sustentável.

**Quadro 1** - Diretrizes do constitucionalismo andino latino-americano para um novo paradigma na produção de alimentos

<b>Diretriz</b>	<b>Exemplos de Correspondência Constitucional</b>
(1) Valorização da produção local	Privilégio da agropecuária interna (Equador, art. 305)
(2) Incentivo à agricultura sustentável, como base para o desenvolvimento rural	Promoção da agricultura sustentável (Venezuela, art. 305); introdução de tecnologias ecológicas e orgânicas na produção agropecuária (Equador, art. 281); promoção da produção de produtos agroecológicos (Bolívia, art. 126).
(3) Apoio à agricultura familiar	Compreendida como fenômeno complexo e multidimensional, depreende-se das demais diretrizes
(4) Promoção das pequenas e médias propriedades rurais	Expressa em todas as constituições analisadas, e.g. incentivo a pequenas e médias unidades de produção (Bolívia, art. 281)
(5) Proibição da acumulação de terras e dos latifúndios	Expressa em todas as constituições analisadas, e.g. proibição e definição de latifúndio (Bolívia, 398)
(6) Proteção dos conhecimentos tradicionais	Propriedade intelectual coletiva dos conhecimentos, tecnologias e inovações dos povos indígenas (Venezuela, art. 124; Equador, art. 322; Bolívia, art. 30)
(7) (Re)valorização da cultura local	Inerente à própria conformação dos Estados pluralistas, e.g. Estado Plurinacional equatoriano (Equador, art. 1). Vale ainda destacar a recuperação dos saberes ancestrais vinculados à agrobiodiversidade (Equador, art. 281)
(8) Fortalecimento da economia e das redes locais	Desenvolvimento de redes de produtores e consumidores e de comercialização e distribuição de alimentos (Equador, art. 281), economia plural, cooperativismo (Bolívia, art. 306)
(9) Intercâmbio de sementes crioulas	Intercâmbio livre de sementes (Equador, art. 281)
(10) Banimento dos OGMs	País livre de OGMs (Equador, art. 401)
(11) Banimento de pesticidas e químicos que apresentem riscos à saúde animal e humana	Proteção da população contra alimentos contaminados (Equador, art. 281), inocuidade dos alimentos (Bolívia, art. 75)
(12) Incentivo à pesquisa no âmbito da agricultura sustentável	Desenvolvimento de pesquisa para o setor agrícola (Venezuela, art. 307), garantia da SAN (Equador, art. 281), saberes ancestrais (Equador, arts. 386 e 387), manejo, conservação e aproveitamento dos recursos naturais (Bolívia, art. 354)

**Fonte:** Elaborado pelo Autor.

Diante dessas diretrizes, observa-se que as constituições analisadas sedimentaram bases jurídicas para uma verdadeira quebra de paradigmas no âmbito do Direito, que rompem com a tradição neoliberal na direção da consolidação de relevantes instrumentos para mudanças no perfil das políticas agrárias e ambientais, estabelecendo um novo parâmetro hermenêutico para análise das normas e um novo perfil para a legislação infraconstitucional em seus respectivos países.

Em síntese, importa registrar a relevância da conexão desses sistemas constitucionais com a Agroecologia, que foi expressamente mencionada pela Constituição boliviana. Essa é uma ciência que estuda a aplicação de conceitos ecológicos para o desenho de agroecossistemas sustentáveis (ALTIERI, 2012, p.104) e que, na América latina, também ficou conhecida como uma teoria crítica, uma prática concreta e um movimento social. Agroecologia é, pois, um conceito que reúne essas diferentes acepções e vai para muito além de uma mera prática de agricultura sustentável. As suas contribuições incorporam “dimensões mais amplas e complexas, que incluem tanto variáveis econômicas, sociais e ambientais, como variáveis culturais, políticas e éticas da sustentabilidade” (CAPORAL; COSTABEBER, 2004, p. 13).

Nesse sentido, entende-se que o constitucionalismo contemporâneo na América Latina também abriu portas, em uma via de mão dupla, para uma maior aceitação e consolidação da Agroecologia como ciência, teoria, prática e movimento social, criando caminhos plurais para uma verdadeira “revolução agroecológica” no âmbito dos sistemas produtivos e, quiçá, dos sistemas políticos e jurídicos.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, torna-se significativo retomar alguns pontos-chaves que foram debatidos ao longo deste ensaio. Primeiramente, observou-se que o homem vive em meio a problemas globais e complexos na era do Antropoceno. Isto implicou no reconhecimento de que a espécie humana é também responsável pelas crises de seu tempo e precisa caminhar na direção de um modelo de desenvolvimento diferenciado, de natureza pós-capitalista, sobretudo no que se relaciona aos bens comuns e, mais especificamente, no tocante à segurança e à soberania alimentar.

Nessa esfera, constatou-se que a América Latina, apesar de ter registrado significativos avanços no alcance das metas dos ODMs,

sofre ainda com o triplo fardo da má-nutrição, sendo o sistema produtivo marcado pela agricultura moderna, um dos grandes responsáveis por vários dos problemas estruturais verificados.

Nesse contexto, o constitucionalismo na experiência andina, por intermédio de uma perspectiva do Sul, traz uma proposta diversificada pautada no pluralismo, na interculturalidade e na cosmovisão indígena, que assegura o direito ao viver bem (bem viver). Sob essa ótica, foram analisadas as constituições da Venezuela, do Equador e da Bolívia, buscando-se identificar pontos que se comunicam com a temática da SAN. Constata-se que esses textos constitucionais abordam o assunto de uma forma singular, inaugurando sistemas constitucionais diversificados e alternativos, que incorporaram a visão dos povos originários e tradicionais e dos movimentos sociais camponeses como sujeitos coletivos que participaram de seu processo de conformação.

Constituem, assim, interessantes objetos de pesquisa jurídica, que não somente fornecem diretrizes epistêmicas e metodológicas para o (re)pensar do papel do Direito na transição para um futuro mais sustentável, como também apresentam as bases para uma quebra de paradigmas no mundo jurídico, ou seja, a transposição de um direito do agronegócio para um direito da Agroecologia.

Em suma, cumpre à presente contribuição impulsionar um debate acadêmico no âmbito da consecução da SAN no continente latino-americano, proporcionando elementos capazes de sedimentar as bases para uma verdadeira revolução agroecológica na sociedade e no Direito.

## REFERÊNCIAS

ALTIERI, Miguel. *Agroecologia: Bases científicas para uma agricultura sustentável*.

3. ed. São Paulo: Expressão Popular; AS-PTA, 2012.

BAILONE, Matías. El bienvivir: una cosmovisión de los pueblos originarios andino-amazónicos. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plazas de Mayo, 2011, p. 149-158.

BECK, Ulrich. *World at risk*. Cambridge: Polity Press, 2012.

BOLÍVIA. Constituição (2009). *Constitución Política del Estado*. El Alto de La Paz: 2009. Disponível em: <<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/index.php/normas/descargar/36208>>. Acesso em: 15 set. 2016.

BOLÍVIA. Ley de Derechos de La Madre Tierra, de 21 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.mineria.gob.bo/juridica/20101206-17-42-21.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

BOLÍVIA. Ley de Revolución Productiva, de 26 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/index.php/normas/compendio/Agraria>>. Acesso em: 16 set. 2016.

BOLÍVIA. Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, de 15 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.ine.gob.bo/indicadoresddhh/archivos/alimentacion/nal/Ley%20N%C2%B0%20300.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAPORAL, Francisco Roberto; COSTABEBER, José Antônio. *Agroecologia: Alguns conceitos e princípios*. Brasília: MDA; SAF; FAER-IICA, 2004.

COMUNIDADE ANDINA. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos. Decisión. 391, de 02 de julho de 1996. Disponível em: <[http://www.minambiente.gov.co/images/BosquesBiodiversidadyServiciosEcosistemicos/pdf/Recursos\\_Gen%C3%A9ticos\\_/Decisi%C3%B3n\\_391\\_de\\_1996.pdf](http://www.minambiente.gov.co/images/BosquesBiodiversidadyServiciosEcosistemicos/pdf/Recursos_Gen%C3%A9ticos_/Decisi%C3%B3n_391_de_1996.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

CONFERÊNCIA MUNDIAL DOS POVOS SOBRE A MUDANÇA CLIMÁTICA E OS DIREITOS DA MÃE TERRA. Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra. Cochabamba, 2010. Disponível em: <<http://rio20.net/pt-br/propuestas/declaracao-universal-dos-direitos-da-mae-terra/>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

EQUADOR. Constituição (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: 2008. Disponível em: <<http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/>>

default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-20/transparencia-2015/literal-a/a2/Const-Enmienda-2015.pdf>. Acesso em 15 set. 2016.

EQUADOR. Ley Orgánica de Terras Rurales y Territorios Ancestrales, de 14 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/leyes-aprobadas>>. Acesso em: 15 set. 2016.

EQUADOR. Ley Orgánica del Régimen de La Soberanía Alimentaria, de 5 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.soberaniaalimentaria.gob.ec/pacha/wp-content/uploads/2011/04/LORSA.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

[FAO] FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. *Ano Internacional da Agricultura Familiar*. Roma, 2014. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/019/as281p/as281p.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

[FAO] FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. *Food Security*. Policy Brief. Roma: F.A.O., 2006. Disponível em: <[ftp://ftp.fao.org/es/ESA/policybriefs/pb\\_02.pdf](ftp://ftp.fao.org/es/ESA/policybriefs/pb_02.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2016.

[FAO] FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. *The state of food insecurity in the world*. Roma, 2014. Relatório. Acesso em: <<http://www.fao.org/3/a-i4030e.pdf>>. Disponível em: 28 ago. 2016.

FERNANDÉZ, Albert Noguera. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones Latinoamericanas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

GANOPOLSKI, Andrey; WINKELMANN, Ricarda; SCHELLNHUBER, Joachim. critical insolation–CO2 relation for diagnosing past and future glacial inception. *Nature*, [S.l.], v. 529, jan. 2016.

GLIESSMAN, Stephen. *Agroecología: procesos ecológicos en agricultura sostenible*. Turrialba, Costa Rica: CATIE, 2002. Versão em espanhol do original em inglês.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. *História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea*. Tradução Cláudia F. Falluh



Balduino Ferreira. São Paulo: UNESP, 2010.

MEIRELLES, Laércio. Soberania alimentar, agroecologia e mercados locais. *Agriculturas*, v. 1, p. 11-14, set. 2004.

MIGUEL, Altieri. Agroecologia, agricultura camponesa e soberania alimentar. *Revista Núcleo de Estudos, Pesquisas e Projetos de Reforma Agrária*, São Paulo, n. 16, p. 22-32, jan./jun. 2010.

MATTEI, Ugo. *Bienes Comunes*. Un Manifiesto. Madrid: Trotta, 2013.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

[ONU] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Millennium development goals and beyond 2015*. Disponível em: <<http://www.un.org/millenniumgoals/>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

ROSA, Enéias da; BURITY, Valéria A.; CONTI, Irio L. (Orgs.). *Derecho Humano a la Alimentación en América Latina*. Passo Fundo: Berthier, 2004.

TOWNSEND, Robert. et al. *Future of food: Shaping the global food system to deliver improved nutrition and health*. Washington, 2016. Relatório. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/474831468186561685/pdf/104757-WP-Future-of-Food-Nut-Health-Web-PUBLIC.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

[UNICEF] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Improving child nutrition: The achievable imperative for global progress*. Nova York, 2013. Relatório. Disponível em: <[https://www.unicef.org/gambia/Improving\\_Child\\_Nutrition\\_-\\_the\\_achievable\\_imperative\\_for\\_global\\_progress.pdf](https://www.unicef.org/gambia/Improving_Child_Nutrition_-_the_achievable_imperative_for_global_progress.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2016.

VENEZUELA. Constituição (1999). *Constitución de la República Bolivariana*

*de Venezuela*. Caracas: 1999. Disponível em <<http://gobiernoenlinea.gob.ve/home/archivos/ConstitucionRBV1999.pdf>>: Acesso em: 31 jul. 2016.

[PNUMA] PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. *Global environment outlook GEO-6 Regional assessment for Latin America and the Caribbean*. Nairobi, 2016. Relatório.

[PNUMA] PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. *Towards a Green Economy: Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication*. GRID-Arendal, 2011. Disponível em: <<http://www.grida.no/publications/green-economy/ebook.aspx>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

PLOEG, Jan Douwe van der. Dez qualidades da agricultura familiar. *Agriculturas: Experiências em agroecologia*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 6-14, fev. 2014. Disponível em: <[http://aspta.org.br/wpcontent/uploads/2014/02/Agriculturas\\_Caderno\\_Debate-N01\\_Baixa.pdf](http://aspta.org.br/wpcontent/uploads/2014/02/Agriculturas_Caderno_Debate-N01_Baixa.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

PURDY, Jedediah. *After nature*. 1 ed. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Programa Democracia y Transformación Social, 2010.

STAHL, Robert. Starving, Stunted... Obese? *Berkeley Review of Latin American Studies*, Berkeley, p.24-26, mar. 2014.

WINTER, Gerd. A fundament and two pillars: The concept of sustainable development 20 years after the Brundtland report. In: BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina. *Sustainable development in international and national law: What did the Brundtland report do to legal thinking and legal development, and where can we go from here?* [S.l.]: Europa Law, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos. *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade*

*no Brasil e na Costa Rica*. São Paulo: Planeta Verde, 2014, p. 67-84.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*: Fundamentos de uma nova cultura do direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos; FERRAZZO, Débora. Interculturalidade, Meio Ambiente e Constitucionalismo: Novas Perspectivas Sociais. In: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro; CERVI, Jackson R. (Orgs.). *Multiculturalismo, Tecnología y Medio Ambiente*. Sevilla: Punto Rojo, 2015. p. 19-45.

WORLD FOOD SUMMIT. *World Food Summit Plan of Action*. 13 nov. 1996. Roma. Disponível em: <[http://www.fao.org/wfs/index\\_en.htm](http://www.fao.org/wfs/index_en.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plazas de Mayo, 2011. 158 p.

Artigo recebido em: 05/04/2017.

Artigo aceito em: 16/08/2017.

### **Como citar este artigo (ABNT):**

WOLKMER, Antônio Carlos; VENÂNCIO, Marian Demaria. A Influência do Constitucionalismo Andino Contemporâneo na Formação de um Paradigma Acerca da Agroecologia. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 261-291, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1047>>. Acesso em: dia mês. ano.



# A RECUPERAÇÃO DE DANOS ECOLÓGICOS NO DIREITO BRASILEIRO

**Paulo de Bessa Antunes**

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ),  
Mestr e em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio),  
Professor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO),  
Procurador Regional da República.  
Email: paulo.bessa.antunes@gmail.com

## RESUMO

Este artigo analisa a questão da recuperação de danos ecológicos no Direito Brasileiro do ponto de vista crítico, ao trazer as nuances e diferenças entre os danos ecológicos e os danos ambientais, além de discutir como a questão da recuperação dos danos é abordada no direito comparado. A metodologia adotada se baseou em diferentes revisões como a da literatura, da legislação nacional e estrangeira e a revisão da análise de precedentes judiciais acerca do tema. Os objetivos principais do presente trabalho são a desmistificação e a avaliação crítica da visão romântica relacionada à recuperação natural, entendida como o retorno do meio ambiente ao status *quo ante* ao dano. Constatou-se que a referida recuperação deve, em verdade, buscar uma aproximação ao *status* do meio ambiente anteriormente ao dano, mas não a sua recuperação completa ou pura, já que isso se configuraria como um objetivo impossível, sobretudo pela inexistência de bancos de dados confiáveis e atualizados sobre os aspectos de qualidade ambiental que possam ser utilizados como parâmetro de comparação entre os aspectos do ambiente antes do dano e após o dano. Conclui-se que a indenização pecuniária é uma obrigação secundária, sendo devida apenas quando não for possível recuperar os danos ecológicos.

**Palavras-chave:** Recuperação de danos ecológicos; Dano Ecológico; Dano Ambiental.

*THE ECOLOGICAL DAMAGES RECOVERY UNDER  
THE BRAZILIAN LAW*

**ABSTRACT**

*This paper analyzes the ecological damages recovery under the Brazilian Law from a critical point of view, by studying the peculiarities and differences between ecological damages and environmental damages, as well as discussing how the aspect of recovery of damages is addressed in the comparative law. The methodology was based on a review of the national and foreign literature and legislation, as well as an analysis of court precedents on this matter. The main objectives of the present paper are the demystification and the critical assessment of the romantic vision related to the natural recovery, understood as the return of the environment to the status quo before the damage had occurred. It was verified that this recovery must, as a matter of fact, seek an approximation to the status of the environment prior to the damage, but not its complete or pure recovery, since this scenario would be an impossible object, mainly due to the lack of reliable and updated databases on the aspects of environmental quality that can be used as a parameter of comparison between the environment before the damage and the environment after the damage. It was concluded that the pecuniary indemnification is a secondary obligation, that is only can be imposed when it is not possible to recover the ecological damages.*

**Keywords:** *Recovery of environmental damages; Ecological Damage; Environmental Damage.*

*“Não é possível retornar a um estado harmonioso com a natureza, no sentido em que voltar para trás implicaria uma regressão total, isto é, o retorno à vida animal”*

Karl Popper

## INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo realizar um exame sobre a recuperação dos danos ao meio ambiente, que é um dos temas mais relevantes do Direito Ambiental, muito embora não tenha merecido da doutrina a devida atenção. De fato, a maior parte da literatura disponível se dedica ao estudo do sistema de responsabilidade ambiental, seja ela administrativa, civil ou penal, pouco se aprofundando na seara da reparação das lesões ambientais, havendo uma forte tendência à confusão de reparação dos danos com a indenização pecuniária. Da mesma forma, percebe-se uma tendência doutrinária e jurisprudencial, que enfrenta a questão, à introdução do conceito de dano moral coletivo, o qual, indiscutivelmente, é um reconhecimento tácito da incapacidade de lidar com a crucial problemática da reparação dos danos ambientais, sendo poucas as obras que lhes são destinadas.

O meio ambiente lesado em decorrência de atividades antrópicas deve ser recuperado por aquele que tenha dado causa à lesão, como decorre da simples aplicação do princípio da responsabilidade (ANTUNES, 2016, p. 55). Todavia, a reparação dos danos ao meio ambiente é, ordinariamente, mais complexa do que a reparação de danos causados a outros tipos de bens. Em primeiro lugar, há que se observar que boa parte dos bens ambientais são bens infungíveis, ou seja, não podem ser substituídos por outros de igual condição. Tome-se o exemplo da extinção de uma espécie ou da destruição de uma paisagem notável, bens fora do comércio e, portanto, de difícil monetarização. Registre-se que muitos bens ambientais estão classificados como fora de comércio e, ao mesmo tempo, mantêm forte vínculo afetivo com a comunidade. Assim, em muitos casos, diante das dificuldades econômicas, há uma inclinação da doutrina e mesmo da jurisprudência para estabelecer uma indenização pecuniária para os danos causados ao meio ambiente. Este artigo, todavia, demonstrará que a solução não é compatível com a natureza específica dos danos ambientais. Para tal, será necessário que se estabeleça uma demarcação clara do que se

entende por dano ambiental e de quais são as suas modalidades perante o direito brasileiro.

Metodologicamente, o artigo estabelecerá a necessária distinção entre (i) danos ambientais e (ii) danos ecológicos. Essa questão preliminar é fundamental, pois o direito brasileiro utiliza o conceito amplo de dano ambiental, nele compreendidos os danos às atividades econômicas, à saúde pública, aos bens e pessoas, bem como os agravos infringidos aos recursos naturais considerados em si mesmo, ou seja, os ecossistemas. O artigo pretende demonstrar que há uma diferença entre danos ambientais e danos ecológicos e que, especificamente no Brasil, tal distinção não tem sido considerada, o que tem acarretado uma compreensão inadequada das características peculiares a serem observadas no tema da reparação de danos ecológicos. A distinção será feita com base na doutrina jurídica existente, examinando-a em suas manifestações nacional e internacional, buscando demonstrar que a separação entre (i) dano ambiental e (ii) dano ecológico é essencial para a identificação e definição das medidas de recuperação cabíveis. É evidente que, no contexto do artigo, a questão relativa à valoração econômica dos bens naturais e dos ecossistemas ocupará posição de destaque, motivo pelo qual merecerá compatível tratamento no artigo.

Uma vez estabelecidas as definições conceituais de dano ambiental e de dano ecológico, passar-se-á ao estudo das características específicas da recuperação dos danos ecológicos, em especial no que se refere aos seus limites e objetivos. Como se demonstrará, a recuperação de danos ecológicos é feita com base em solução técnica e não se confunde com uma repriminção absoluta ao *status quo ante*. Tal demonstração será promovida com base na legislação e na jurisprudência existente.

## 1 DANOS AMBIENTAIS E DANOS ECOLÓGICOS

Para que se possa avançar no sentido de uma compreensão adequada da intrigante questão da recuperação dos danos ao meio ambiente, faz-se necessário identificar os mecanismos jurídicos aptos a viabilizá-la. A proteção jurídica do meio ambiente no Brasil se faz por meio do Direito Ambiental e não do Direito Ecológico (ANTUNES, 2016); tal opção se fez devido ao fato de que no conceito de ambiente – tal como adotado no Brasil – estão compreendidos elementos da atividade econômica, social e ecológica. Assim, o Direito Ambiental contém o “direito ecológico”, que, por sua vez, seria o direito voltado exclusivamente para a proteção à na-



tureza que, como se sabe, não é a hipótese da ordem jurídica brasileira. Há, portanto, que se estabelecer os campos próprios do dano ambiental e do dano ecológico para que se possa, posteriormente, tratar da relevante questão da recuperação, do ponto de vista legal. José de Sousa Cunhal SENDIM (1998, p. 70) chama a atenção para o fato de que a expressão “danos causados ao meio ambiente” [danos ambientais] é característica do direito brasileiro, sendo, portanto, necessário que se observe como outras ordens jurídicas tratam do problema.

A Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/1981 – “PNMA”), muito embora não possua definição normativa de dano ambiental ou de dano ecológico, oferece uma indicação para o estabelecimento dos respectivos conceitos, ao definir (i) degradação da qualidade ambiental e (ii) poluição, conceitos que, combinados, podem levar a compreender o conceito de dano ambiental (ecológico).

A *degradação* da qualidade ambiental é a alteração adversa das características do “meio ambiente”; por sua vez, *poluição* é a degradação da qualidade ambiental que seja “resultante” de atividades que, direta ou indiretamente, (i) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população, (ii) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas, (iii) afetem desfavoravelmente a biota, (iv) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente ou (v) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. Em sede regulamentar, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (“CONAMA”), estabeleceu, em sua Resolução nº 01/1986, o conceito de impacto ambiental que, de certa forma, reproduz o conceito de degradação ambiental, pois é “qualquer alteração” das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente – no caso o meio físico – que tenha sido causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas, afetando, direta ou indiretamente, (i) a saúde, a segurança e o bem-estar da população, (ii) as atividades sociais e econômicas, (iii) a biota, (iv) as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente ou (v) a qualidade dos recursos ambientais.

A poluição, todavia, é palavra polissêmica podendo ser juridicamente relevante ou irrelevante. No direito brasileiro é possível identificar, pelo menos, três modalidades de poluição (i) aquela em sentido estrito, (ii) o dano ambiental e (iii) o crime ambiental. (ANTUNES, 2015, p. 125).

É importante observar que, em alguns casos, a poluição – no sentido de desacordo com padrões ambientais pré-fixados – é admitida, como, por exemplo, no caso da chamada “zona de mistura”, definida pela Reso-

lução CONAMA nº 430/2011 como “a região do corpo receptor, estimada com base em modelos teóricos aceitos pelo órgão ambiental competente, que se estende do ponto de lançamento do efluente e é delimitada pela superfície em que é atingido o equilíbrio de mistura entre os parâmetros físicos e químicos, bem como o equilíbrio biológico do efluente e o do corpo receptor, sendo específica para cada parâmetro.”

Conforme foi visto acima, as normas brasileiras identificam, com segurança, duas modalidades de “danos ambientais”. O primeiro é um dano reflexo, ou seja, dano que não atinge os recursos naturais propriamente ditos, mas que resultam reflexamente de agravos aos recursos naturais. Como exemplo, figure-se uma comunidade que tenha sofrido interrupção no abastecimento de água em função de grave poluição nos mananciais. A falta de água e suas consequências econômicas e sociais são diretamente derivadas da poluição. O segundo é o dano ao ambiente em si, cuidando-se, nesse caso, de um dano ambiental puro.

No que se refere à recuperação e à sua quantificação, os caminhos serão bastante diversos. Por questões metodológicas, adota-se o conceito de dano ecológico para os danos causados especificamente ao ambiente e aos recursos naturais. A distinção conceitual, ora esposada, justifica-se, na medida em que as vantagens para a adequada compreensão das particularidades e características próprias de cada uma das modalidades são evidentes, facilitando a compreensão do objeto que se busca estudar, pois, como já foi registrado, há “uma confusão escusável” (ROMI, 2010, p. 148) entre os danos ambientais e os danos ecológicos.

Com efeito, sabe-se que o meio ambiente é composto por bens de diferentes classes, regimes dominiais e tantos outros elementos que necessitam ser claramente identificados e definidos para que se possa ter certeza sobre a espécie do dano em questão. Para que se evite a “confusão escusável”, não se pode misturar os danos à saúde com os que afetam as condições estéticas do meio ambiente, ou com a destruição de manguezais ou mananciais, por exemplo. (ANTUNES, 2015, p. 126).

Uma excelente clarificação dos conceitos de dano ambiental e dano ecológico foi feita pelo Tribunal Central Administrativo Sul português<sup>1</sup>, posteriormente confirmada pelo Superior Tribunal Administrativo<sup>2</sup>. Entendem as cortes administrativas portuguesas que o *dano ecológico* é

1 Tribunal Central Administrativo Sul 2º Juízo, 05849/10. Data 07/02/2013, Relator Paulo Pereira Gouveia, disponível em: <<https://goo.gl/RmbtMV>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

2 Superior Tribunal Administrativo, 1ª Seção, 0978/13, Data 20/02/2014, Relator São Pedro, disponível em: <<https://goo.gl/4FNxcR>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

constituído por “lesões intensas” produzidas ao sistema ecológico, independentemente de violação a direitos individuais, tratando-se, portanto, de “lesão causada a um recurso natural, susceptível de causar uma afetação significativa do equilíbrio do bem jurídico ambiente ou património natural e da sua interação”. Por sua vez, o *dano ambiental* é aquele causado ao meio ambiente e que gera “repercussões na esfera patrimonial de um particular”. Fernando Reis CONDESSO (2014, p. 211), ao analisar decisões das cortes administrativas portuguesas, ressalta o fato de que o *dano ecológico* não engloba a ofensa a interesses difusos, coletivos ou individuais, os quais, segundo a Corte, assemelham-se às violações aos direitos subjetivos dos cidadãos, motivo pelo qual não se justifica o seu tratamento em conjunto com danos infringidos aos bens naturais.

O *dano ambiental*, assim, é a repercussão do dano causado aos bens naturais na esfera particular do cidadão ou da pessoa jurídica. Dessa forma, por ser também uma violação de direitos subjetivos, caberá indenização no que diz respeito aos direitos subjetivos de terceiros.

## 2 VALOR ECONÔMICO DO RECURSO AMBIENTAL (ECOLÓGICO)

Estabelecer um preço ou valor econômico para bens aos quais se atribui valor “inestimável” é algo que, culturalmente, soa repugnante. Todavia, diariamente preços e valores são atribuídos a bens de valor inestimável como é o caso da vida humana. E mais: tais valores podem variar conforme a condição jurídica do falecido. Assim, se o cidadão faleceu na condição de aposentado pela previdência social brasileira, a pensão por morte devida aos seus familiares seria de um valor; caso não fosse aposentado, o valor seria diferente<sup>3</sup>.

Toda a indústria de seguros se baseia na fixação de valores indenizatórios o que, na prática, é a definição de valores determinados para bens tidos por “inestimáveis”. Em relação ao meio ambiente não é diferente. A questão tem, evidentemente, um forte conteúdo moral que está relacionado a quanto se deve gastar para a proteção do meio ambiente (ACKERMAN; HEINZERLING, 2004, p. 9). O fato é que não só a proteção ao meio ambiente tem um custo, mas também a recuperação do meio ambiente degradado. Partindo-se dessa premissa, faz-se fundamental estabelecer critérios que possam servir de instrumentos para que tais custos

<sup>3</sup> Para mais informações, conferir: <<https://goo.gl/q6dAhj>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

sejam adequadamente identificados.

A atribuição de valor econômico aos recursos naturais é tarefa da maior relevância, pois é através dela que se pode decidir medidas de recuperação ou até mesmo indenizações pecuniárias devidas em função de danos ao ambiente. No caso específico do Brasil, não se pode olvidar que o meio ambiente é, por força de lei, considerado como patrimônio público (PNMA, art. 2º, inciso I). Ademais, não raras vezes, os órgãos de controle ambiental, no uso de suas atribuições, determinam a recomposição do meio ambiente lesado por alguma ação deletéria, necessitando, portanto, ter valores pecuniários capazes de oferecer alguma direção para a ação administrativa. Assim, o Valor Econômico dos Recursos Ambientais (“VERA”) é objeto de uma formulação que contempla (i) o Valor de Uso (“VU”) e (ii) o Valor de Não Uso (“VNU”), resultando na seguinte equação (MOTTA, 2004, p.94):

$$\text{VERA} = (\text{VUD} + \text{VUI} + \text{VO}) + \text{VE}$$

Em conformidade com Ronaldo Seroa da MOTTA, o valor econômico dos recursos ambientais “não é observável” (2004, p. 93), pois não existe um sistema de preços que reflita o seu custo de oportunidade, sendo que o seu “consumo” se realiza por meio do uso e do não uso. O uso e o não uso se repartem em (i) Valor de Uso Direto (“VUD”), que é o atribuído a um recurso ambiental pela sua utilização direta, podendo se dar por extração, visitação ou outra forma de produção ou consumo direto; (ii) Valor de Uso Indireto (“VUI”), aquele atribuído a um recurso ambiental quando o benefício do seu uso deriva de suas funções ecológicas propriamente ditas; (iii) Valor de Opção (“VO”), aquele atribuído à conservação dos recursos que podem se encontrar ameaçados, assegurando usos direto e indireto em futuro próximo. Por sua vez, o Valor de Não Uso, Passivo ou Valor de Existência (“VE”) é aquele dissociado do uso, em conformidade com concepções morais, culturais, éticas ou de outra ordem, que impliquem em sua não utilização, independentemente de seu valor para a sociedade ou para os indivíduos.

Em síntese, José de Sousa Cunhal SENDIN (1998, p. 87) identifica três classes de valor (i) o de uso atual (*use value*), aquele que os consumidores atribuem ao uso (atual) de um recurso ambiental – i. e., o valor do ambiente como benefício potencial; e (ii) o de opção (*option value*) – i. e., o valor do ambiente como benefício potencial; e (iii) o de existência

(*existence value*) – i.e., o valor que as pessoas atribuem à existência de um recurso, independentemente do seu uso *in situ*.

Evidentemente existem outras fórmulas e metodologias (CARVALHO, 2008) que podem ser empregadas para a valoração dos danos ecológicos. No caso específico de derramamento de óleo em recursos hídricos, a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (“CETESB”) desenvolveu uma fórmula que leva em consideração os seguintes fatores: (i) volume derramado, (ii) grau de vulnerabilidade da área atingida, (iii) toxicidade do produto, (iv) persistência do produto no ambiente e (v) mortalidade de organismos. Tais fatores são agrupados em uma fórmula, divididos em níveis, atribuindo-se a cada nível um determinado peso, conforme a intensidade do risco ou dano gerado, com variação de 0 a 0,5. A formulação pode ser resumida na seguinte equação:

$$\text{Valor (\$)} = 10^{(4,5 + x)}$$

Onde X é o somatório dos pesos atribuídos conforme a gravidade do evento danoso.

Considerando-se que a restauração natural nem sempre é possível, a valoração pecuniária do ambiente natural lesado tem o relevante papel de contribuir para (i) viabilizar financeiramente alguma forma de compensação, quando impossível qualquer reparação – poluição sonora, por exemplo e (ii) tornar certa a indenização, quando cabível (LEITE e ALMEIDA, 2005, p. 81).

## 2.1 Valor econômico dos bens ambientais no direito positivo

A PNMA, desde sua redação original, já admitia a possibilidade de valoração econômica dos recursos naturais, haja vista que já previa em seu artigo 4º, inciso VII, a possibilidade de imposição “ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.” Todavia, tal contribuição jamais foi regulamentada.

Posteriormente, a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei Federal nº 9.433/1997 ou “PNRH”), expressamente reconheceu que “a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico” e, como consequência, estabeleceu como um de seus principais instrumentos a co-

brança pelo uso dos recursos hídricos, com o objetivo de (i) reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor, (ii) incentivar a racionalização do uso da água e (iii) obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

A compensação ambiental (“CA”) prevista na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei Federal nº 9.985/2000 ou “SNUC”) é devida nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental e, com fundamento no estudo de impacto ambiental, gera para o empreendedor a obrigação de apoiar a implantação e a manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral. O legislador arbitrou um valor não inferior a meio por cento dos custos do projeto como equivalente pecuniário do dano ecológico produzido. A definição do valor devido a título de compensação ambiental, de acordo com o disposto no Decreto Federal nº 4.340/2002, é feita mediante a aplicação de uma fórmula que tem como parâmetros fundamentais o chamado grau de impacto (“GI”) que deverá ser calculado segundo uma fórmula complexa, trazida pelo Decreto Federal nº 6.848/2009, e o valor de referência (“VR”). Assim, a fórmula é:

$$CA = VR \times GI$$

VR = somatório dos investimentos necessários para implantação do empreendimento, não incluídos os investimentos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos causados pelo empreendimento, bem como não são incluídos os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, inclusive os relativos às garantias, e os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais;

GI = Grau de Impacto nos ecossistemas, podendo atingir valores de 0 a 0,5%.

Também na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal nº 12.305/2010 “PNRS”) há um forte reconhecimento do valor econômico do ambiente, ao estabelecer que os resíduos sólidos são economicamente importantes, vez que uma de suas diretrizes mais relevantes é “o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem economi-

co e de valor social, gerador de trabalho e renda” (art. 6º, inciso VIII). Evidentemente, ao se valorizar o resíduo, diminui-se o seu descarte irregular no ambiente, reduzindo-se os custos ambientais da sociedade.

### 2.1.1 Poder Judiciário e Valoração do dano ecológico

O cálculo de valores pecuniários relativos aos bens ecológicos, longe de ser questão puramente teórica é, isto sim, matéria de grande importância prática. No Brasil tem havido um crescente número de decisões judiciais sobre o tema. E, como regra, tais decisões têm reconhecido as dificuldades relativas à valoração dos bens naturais, adotando-se soluções pragmáticas e casuísticas. Tais decisões partem do pressuposto de que “[n]ão há previsão legal dos parâmetros para a valoração de danos aos recursos naturais, sendo que a valoração acaba tendo grande influência subjetiva.” (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível, Processo 0004182-74.2001.404.7201, 4ª Turma, Relator Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle).

O reconhecimento da inexistência de regulamentação legal – com exceção clara para a CA – e da grande influência subjetiva, tem levado os tribunais, em especial o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (“TRF-3”) à utilização da metodologia desenvolvida pela CETESB, ainda que tal metodologia não conste de norma legal ou administrativa; todavia, como não poderia deixar de ser, cuida-se de aplicação tópica e casuística.

Em relação à discussão da metodologia para a valoração dos danos ambientais, o Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJSP”) não adota posicionamento homogêneo, mas leva em consideração as peculiaridades do caso: “[o]s valores foram obtidos mediante aplicação da “Metodologia para valoração dos danos ambientais”; no entanto, método diverso deve ser utilizado por se considerar o mais adequado para fins indenizatórios.” (TJSP, 2007981-95.2013.8.26.0000, Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro; Comarca: Ribeirão Bonito; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Data do julgamento: 04/12/2014; Data de registro: 05/12/2014). Nas razões de decidir, o relator alertou para o fato de que muito embora o cálculo do *quantum* indenizatório se encontre baseado na metodologia da Secretaria de Estado de Meio Ambiente, esta metodologia não é

a mais adequada consoante entendimento consolidado nesta Câmara. O dano, apesar de certo, é incalculável, sendo praticamente impossível delimitar o alcance

dos prejuízos decorrentes da queimada ocorrida. Aquilo que foi lançado no ar, ou os problemas de saúde e, ainda, as mortes ocasionadas pelo evento, quer de seres humanos ou animais, não são mensuráveis por meio de perícia tradicional. CITAR A FONTE.

A metodologia que tem prevalecido, seja administrativa, seja judicialmente, é a adotada pela CETESB que, no entanto, repita-se, é uma mera *proposta* de metodologia a ser aplicada, sobretudo, em casos de derramamento de óleo no mar. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em diversas oportunidades, tem decidido casos concretos com base na metodologia de valoração de danos ecológicos utilizada pela agência ambiental paulista.

É mantida a condenação da (...) no pagamento de indenização pelos danos causados ao meio ambiente, apurada em liquidação por arbitramento, correspondente ao valor mínimo da “Proposta de Critério para Valoração Monetária de Danos Causados por Derrames de Petróleo ou de seus Derivados no Ambiente Marinho”, elaborada pela CETESB; e revertida ao Fundo de Reparação de Direitos Difusos Lesados (artigo 13 da Lei nº 7.347/85)” (TRF 3ª Região, 6ª T, AC -1949578 - 0006782-42.2011.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal Johansom di Salvo, e-DJF3 Judicial 1:19/11/2015)

É interessante que se observe que o TRF--3 tem se utilizado de critérios de equidade para definir o valor monetário equivalente aos danos ecológicos. AQUI

O juízo de origem condenou as rés ao pagamento de R\$ 40.000,00 (quarenta mil) reais a título de indenização por dano ambiental. O voto vencido, por sua vez, majorou o montante para R\$ 158.489,32, *considerado desproporcional para reparar os danos ambientais no caso concreto, ao fundamento de que a área do acidente já se encontrava em avançado estágio de degradação em razão da própria atividade portuária*, de forma que o voto vencedor estabeleceu a indenização em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). - Se a lei não oferece critérios para a fixação do montante da indenização por dano ambiental, nada obsta à aplicação dos critérios estabelecidos na metodologia CETESB, atendidas, evidentemente, as particularidades do caso em exame e observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não



obstante as críticas que a ela se fazem, não a desqualificam como um instrumento técnico adequado para estimar a quantificação monetária do valor da indenização. - A adoção da metodologia CETESB justifica-se, ainda, por traduzir medida que evita a imposição aleatória do quantum passível de indenização, pois funciona como um padrão matemático para a valorização monetária de danos causados por derramamento de petróleo ou de seus derivados no mar, desde que precisamente observados os seus cinco aspectos relevantes (volume, vulnerabilidade da área, toxicidade do produto, persistência do produto e mortalidade de organismos), aos quais, divididos em níveis, foi atribuído peso correspondente, de acordo com a severidade do risco ou dano gerado, que varia de 0 a 0,5, e ressalvada a necessidade de adequação do valor apurado às peculiaridades do caso e atendidos os critérios da razoabilidade e proporcionalidade à ofensa real ao estuário. Precedentes desta corte. - Conforme minudentemente explicitado no voto vencido, o cálculo da indenização com base na fórmula estabelecida pela CETESB representa critério técnico-científico que incorpora a razoabilidade e a proporcionalidade, de modo que dispensa e deve prevalecer sobre qualquer outra valoração”. (TRF 3ª Região, 2ª SEÇÃO, EI- 1331362 - 0006757-75.2001.4.03.6104, Rel. Juíza Convocada Leila Paiva, e-DJF3 Judicial 1: 23/06/2016 ).

### 3 RECUPERAÇÃO DOS DANOS ECOLÓGICOS

A segunda metade do século XX atribuiu relevante valor ao meio ambiente, o que logo deu origem ao Direito Ambiental, que passou a possuir cada vez mais um papel significativo na ordem jurídica. Em poucos anos, a questão ambiental assumiu *status* constitucional em diversos países, inclusive no Brasil. Por tal circunstância, a recuperação de danos causados ao ambiente natural ganhou *status* e relevância inauditos.

#### 3.1 A recuperação dos danos ecológicos como obrigação constitucional

A responsabilidade por danos ao meio ambiente e a sua consequente recuperação, como se sabe, no Brasil, têm assento diretamente na Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB”), mais precisamente no artigo 225,§3º. Contudo, ainda no regime constitucional precedente, a legislação ordinária já dispunha sobre o tema (artigo 14, §1º, da PNMA).

A constitucionalização da proteção ao meio ambiente adotada

pelo Brasil, em 1988, representou a adesão do País a uma tendência característica das modernas constituições, como é o caso das constituições da Argentina (artigo 41), Colômbia (artigo 79), França (Lei Constitucional – Carta do Ambiente, artigo 4º), Espanha (artigo 45), do Paraguai (artigo 7º) e de Portugal (artigo 66)<sup>4</sup>, por exemplo. Como resultado da proteção ao meio ambiente estabelecida em tais constituições, existe um sistema de reparação dos danos ao meio ambiente que está fundado basicamente na recomposição natural do ambiente danificado, sendo a indenização pecuniária uma hipótese prevista somente nos casos de impossibilidade da recomposição natural.

Todavia, tal compreensão não é tranquilamente aceita, pois a alta carga emocional envolvida nas questões relativas à proteção do meio ambiente tende a ver como obrigatória a indenização pecuniária que, na prática, teria a função de *mais uma pena* a ser imposta ao causador de danos ao ambiente. Todavia, não se pode deixar de anotar, com Carla Amado GOMES (2014), que talvez esse seja um dos “equivocos” do direito ambiental, pois está excessivamente focado em condutas repressivas *ex post facto* e pouquíssimo empenhado na prevenção. Assim, segundo a autora, “conceder relevo ao instituto da responsabilidade civil pode parecer contraproducente.” (GOMES, 2014, p. 239)

Como se demonstrará, a recomposição de danos ambientais e a recuperação natural, tal como tratadas na Constituição, não se confundem com o retorno do ambiente a um mítico estado de pureza natural, existente independentemente da presença humana que, como se sabe, jamais existiu. É necessário que se tenha bem claro que é uma “adorável fantasia” pensar-se em ecossistemas sem a presença humana. (MORAN, 2011, p. 9)

### 3.2 A recuperação dos danos ecológicos no direito infraconstitucional

Uma vez que já foram explicitados os padrões constitucionais, analisar-se-á a questão sob a ótica da legislação infraconstitucional.

#### 3.2.1 Direito brasileiro

##### A recuperação dos danos ecológicos e a recomposição da biota

4 Para acesso à íntegra das Constituições, conferir: <<https://www.constituteproject.org/>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

degradada, nos termos do direito positivo brasileiro, são feitas sob o acompanhamento e supervisão dos órgãos de controle ambiental, conforme as suas respectivas esferas de competência. Assim, a recuperação natural dos danos ecológicos será aquilo que o órgão de controle ambiental disser que é. Essa é uma constatação que não deve causar estranheza, pois decorre de uma interpretação lógica de disposições expressamente previstas na CRFB. No caso, merece ser observado o §2º, do artigo 225 da CRFB que, literalmente, determina, em relação à atividade minerária, a obrigatoriedade de recuperar “o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.” Ainda que a menção seja explicitamente referente ao caso da mineração, o fato é que o modelo é aplicável a todo e qualquer dano ecológico.

Assim, a recuperação ecológica é submetida a uma avaliação do órgão de controle ambiental que determina os seus limites. Cuida-se de uma medida de proporcionalidade entre o nível de recomposição da biota afetada e a sensível questão dos custos das atividades reparatórias do ambiente. Ademais, é necessário que se estabeleça qual é o limite ótimo de recuperação, pois efetivamente as medidas de recuperação natural devem, necessariamente, deixar espaço para que a natureza, após um estímulo planejado e adequado ao caso concreto – as medidas promovidas no processo de recuperação –, siga o seu curso independentemente da ação humana. Os bens naturais não podem ser substituídos por outros iguais, pois um pássaro morto não retornará à vida; logo, o que se busca é um equivalente, o mais aproximado possível do que foi perdido.

O direito brasileiro, infelizmente, não deu ao tema a necessária relevância, sendo franciscano no cuidar do assunto com pouquíssimas normas dedicadas à matéria – a maior parte são meros regulamentos administrativos. Como se sabe, a PNMA tem como um de seus objetivos a “recuperação da qualidade ambiental” (artigo 2º), sendo a “recuperação de áreas degradadas” (artigo 2º, VIII) um dos seus vetores fundamentais.

Áreas degradadas, nos termos da PNMA, são aquelas nas quais tenha ocorrido uma “alteração adversa das características do meio ambiente” (artigo 3º, II). Entretanto, a PNMA não traz qualquer indicação do sentido a ser atribuído à recuperação de áreas degradadas, sendo, no particular, uma norma em aberto. Para que se possa prosseguir, julga-se conveniente trazer a lume o conceito de degradação ambiental, que é:

(...) a alteração das características de um determinado ecossistema por meio da ação

de agentes externos a ele. Processo conceitualmente caracterizado pela perda ou diminuição de matéria, forma, composição, energia e funções de um sistema natural por meio de ações antrópicas (SILVA et al, 1999, p. 73).

Conceitualmente, recuperação ambiental é o “processo artificial de recomposição de determinadas áreas degradadas ao seu estado natural original” (SILVA et al, 1999, p. 195), fazendo-se a ressalva acerca da impossibilidade de voltar ao passado.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (“Lei de Crimes Ambientais”), utiliza os termos (i) composição, (ii) recuperação e (iii) reparação quando se refere aos danos ecológicos e às áreas degradadas. É importante ressaltar que a norma prevê que a reparação pode ser (i) espontânea ou (ii) forçada, acarretando consequências jurídicas diversas. No campo penal, a reparação espontânea do dano tem como uma de suas consequências mais relevantes a atenuação da pena imposta ao réu (artigo 14, II). Registre-se, todavia, que a norma admite a “limitação significativa da degradação ambiental”, o que tem sido entendido, do ponto de vista da aplicação da lei penal, como “reparação parcial do dano causado” (GOMES; MACIEL, 2015, p. 58).

O artigo 27 da Lei de Crimes Ambientais admite uma “prévia composição dos danos”, conceito de natureza processual, que implica na celebração de um acordo entre réu e acusação com vistas à reparação dos danos, o que deverá ser feito, conforme plano aprovado pela autoridade ambiental; ou seja, a entidade pública, dotada de atribuição para as questões relativas à qualidade do ambiente e sua recuperação, notadamente a responsável pelo licenciamento ambiental, conforme se pode depreender da combinação do artigo 10 da PNMA com os artigos 2º, I, art. 7º, inciso XIV, art. 8º, inciso XIV e artigo 9º, inciso XIV da Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Ainda aqui, a ideia da recomposição do meio ambiente lesado é a primordial, pois “a preocupação primeira foi com o restabelecimento do ambiente lesado” (GOMES; MACIEL, 2015, p. 97). Há, contudo, uma monetarização do dano ecológico no artigo 20, da Lei de Crimes Ambientais, que determina que a sentença deverá – sempre que possível – estipular o “valor mínimo” equivalente ao dano sofrido pelo meio ambiente (dano ecológico).

Como se pode perceber, ainda que presentes várias menções à recuperação e restauração ambiental, a ordem jurídica nacional carecia de definições normativas para os termos, o que veio a ser superado pela Lei

do SNUC que, em seu artigo 2º, incisos XIII e XIV, estabeleceu os conceitos jurídicos de recuperação e de restauração, sendo (i) recuperação a “restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original” e (ii) restauração a “restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original.” Vê-se, portanto, que a recuperação de danos ecológicos, diferentemente do que se poderia pensar, não corresponde a uma abstrata restituição do meio natural lesado a um estado original ideal sobre o qual, na maioria das vezes, inclusive, não há sequer uma informação técnica segura. Trata-se, como se vê, de uma recuperação até determinado estágio, considerado tecnicamente adequado pelo órgão de controle ambiental.

No particular, faz-se necessário retornar ao §2º, do artigo 225 da CRFB, o qual expressamente – repita-se – estabelece que, em relação à atividade minerária, há a obrigatoriedade de recuperação do “meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.” Dessa forma, a recuperação ambiental é aquilo que o órgão ambiental considerar como tal, conforme clara autorização constitucional. Aliás, diversas constituições estaduais, como os Textos Constitucionais dos estados de Minas Gerais (artigo 214) e São Paulo (artigo 190) adotam a mesma concepção. Todavia, o órgão de controle ambiental não é livre para considerar uma área degradada como recuperada, sendo limitado em sua discricionariedade pelos resultados concretos produzidos pela implementação de determinado projeto técnico de recuperação. Da mesma forma, o órgão de controle ambiental não pode, discricionariamente, definir programas de recuperação que não guardem uma adequada proporção, seja com o dano causado, seja com a capacidade de pagamento de seu causador.

### ***3.2.1.1 Programa de Recuperação de Áreas Degradadas - PRAD***

De acordo com aquilo que já foi, exaustivamente, visto neste artigo, a recomposição integral do meio ambiente às condições anteriores à ocorrência do dano que se busca recuperar é uma questão com caráter puramente retórico – ou, simbólico –, pois não é esta a determinação constitucional, nem a prática administrativa. A recuperação é uma solução técnica definida pelo órgão de controle ambiental, conhecida como Plano

de Recuperação de Áreas Degradadas (PRAD). Os diferentes órgãos de controle ambiental são dotados de regras próprias para a definição do procedimento a ser adotado pelo causador do dano – ou seus sucessores – para a recuperação das áreas lesadas. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (Ibama) disciplinou a matéria pela Instrução Normativa IBAMA nº 04, de 13 de abril de 2011 (IN nº 04/2011). É importante observar que a IN nº 04/2011 pragmaticamente identifica duas categorias de áreas passíveis de recuperação, (i) as degradadas e (ii) as alteradas ou perturbadas. A área degradada é aquela “impossibilitada de retornar por uma trajetória natural, a um ecossistema que se assemelhe a um estado conhecido antes, ou para outro estado que poderia ser esperado”; já a área alterada ou perturbada é aquela que “após o impacto, ainda mantém meios de regeneração biótica, ou seja, possui capacidade de regeneração natural”.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em várias oportunidades, tem decidido questões relativas ao PRAD e ao seu papel na recuperação de danos ecológicos. O tribunal tem entendido que a recomposição ao status *quo ante* deve ser feita “na medida do possível, do status *quo ante* das áreas delimitadas” (STJ, REsp 138.208/PE, Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 12/09/2016). A relevância do PRAD é de tal monta que ele é considerado um limitador da discricionariedade administrativa, sobretudo quando se trata da redução de multas ambientais:

(...)[C]abimento da redução da multa nos casos em que há comprovação de que a autoridade administrativa competente verificou o cumprimento integral do PRAD e que a recuperação decorreu das ações tomadas pelo infrator e não devido a outros fatores.... 4. Nesse contexto, correto o acórdão ao manter a redução da multa, haja vista o cumprimento integral das obrigações assumidas para a reparação do dano atestado pela FATMA, consoante constatado pelo juízo a *quo*. (STJ, REsp 124.8649/SC, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell, DJe 24/08/2011).

Em discussão relativa ao cumprimento do PRAD e à concomitante incidência de indenização pecuniária devida em função de danos ecológicos, entendeu a 2ª Turma do STJ que:

O Superior Tribunal de Justiça tem externado o entendimento de que as ações de

obrigação de fazer podem ser cumuladas com as indenizatórias; e que nem sempre a recomposição da área degradada ou o saneamento do dano provocado ilide a necessidade de indenização. Todavia, esse entendimento não implica a conclusão de que, sempre, será devida a indenização, pois, quando é possível a completa restauração, sem que se verifique ter havido dano remanescente ou reflexo, não há falar em indenização. (...). (STJ, REsp 1382999/SC, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, Dje 18/09/2014).

### 3.2.2 *Direito Estrangeiro*

Nesta altura é importante demonstrar que, em termos legislativos, vários países adotam normas assemelhadas às brasileiras. Na Argentina, a Lei Nacional nº 25.675, de 27 de novembro de 2002, voltada à proteção do meio ambiente e que é a equivalente à PNMA brasileira, estabelece, em seu artigo 28, a responsabilidade objetiva pelo dano ambiental, determinando que o responsável deverá restabelecer o meio ambiente até o seu “estado anterior” à produção do dano, sendo a indenização devida na hipótese em que a recomposição não seja “tecnicamente factível”.

No mesmo sentido vai a legislação chilena que, na Lei nº 19.300, de 09 de março de 1994, com nova redação dada em 01 de junho de 2016, em seu artigo 53, somente admite o ajuizamento de ação reparatória de danos ambientais nas hipóteses em que o causador do dano não tenha obedecido as diretrizes do órgão de controle ambiental para a recomposição do ambiente lesado. Igualmente ocorre no Peru, com a Lei nº 28.611, Lei Geral do Ambiente, que, em seu artigo IX, estabelece a obrigatoriedade “inescusável” de restaurar, reabilitar ou reparar o dano ambiental e, nas hipóteses de impossibilidade de fazê-lo, a compensá-los.

Na União Europeia, a reparação dos danos ecológicos se faz de três formas básicas, segundo as normas contidas na Diretiva 2004/35/CE, a saber: (i) primária, (ii) complementar e (iii) compensatória. A reparação primária visa à restituição dos recursos naturais ao seu estado inicial ou “aproximado”. A complementar busca assegurar um nível de recursos naturais e ou serviços, ainda que em outro local, similar ao que teria sido proporcionado se o local do dano tivesse retornado ao seu estado inicial. Já a compensatória busca “compensar” a perda transitória de recursos naturais e serviços naturais, enquanto a recuperação não ocorre. Caracteriza-se por uma série de melhorias suplementares de habitat naturais, espécies protegidas, água, seja no local danificado, seja em local alternativo.

Portugal incorporou as normas da Diretiva ao seu direito interno por meio do DL n.º 147/2008, de 29 de julho. As medidas de recuperação, de acordo com o artigo 15, devem ser implementadas pelo responsável pelo dano. Ele deverá, independentemente de notificação da autoridade ambiental, adotar todas as medidas para o controle da situação e, na medida do possível, “controlar, conter, eliminar ou gerir os elementos contaminantes pertinentes e quaisquer outros fatores danosos”. Ultrapassada a primeira fase do enfrentamento do dano, o seu responsável dará início às medidas de reparação pertinentes. Evidentemente que o órgão de controle ambiental possui ampla discricionariedade para investigar os fatos, determinar medidas de reparação suplementares que julgue conveniente e, inclusive, executar atos reparatórios às expensas do causador do dano.

Em relação aos danos causados à água, às espécies e habitat naturais protegidos, a norma estabelece três modalidades a serem adotadas, a saber: (i) a reparação primária: qualquer medida de reparação que restitui os recursos naturais e ou serviços danificados ao estado inicial, ou os aproxima desse estado; (ii) reparação complementar: qualquer medida de reparação tomada em relação aos recursos naturais e/ou em relação a serviços para compensar pelo fato de a reparação primária não resultar no pleno restabelecimento dos recursos naturais e/ou dos serviços danificados e (iii) a reparação compensatória: qualquer ação destinada a compensar perdas transitórias de recursos naturais e/ou de serviços verificadas a partir da data de ocorrência dos danos até a reparação primária ter atingido plenamente os seus efeitos.

Na França, que, assim como Portugal, adotou as normas contidas na Diretiva 2004/35/CE, em seu Código do Ambiente, estabelece-se o mesmo leque de medidas reparatórias. Veja-se que as diferentes medidas de reparação a serem adotadas são sugeridas pelo responsável pela recuperação do dano e aprovadas pela autoridade ambiental. Tal sugestão se faz por meio de um plano específico que, no Brasil, como visto, é conhecido como PRAD; confira-se em Eve Truilhé-MARENGO (2015, p. 248) e Philippe MALINGREY (2016, p. 221).

Logo, a reparação ecológica não é sinônimo de reversão total ao estado anterior ao fato lesivo, como fica muito claro nos comandos normativos e legais. Vê-se, portanto, que as normas não determinam a ripristinação do ambiente ao seu estado original, até mesmo porque isso somente poderia ocorrer, em tese, com a existência de base de dados sobre o estado do ambiente em momento anterior à ocorrência do fato lesivo. O que se



busca é uma “aproximação” ao estado anterior.” (RESP\_201301228700, Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe:18/09/2014) .

É importante ressaltar que a recuperação natural é um conceito que não se confunde com uma regeneração plena e total do ambiente. Isso é assim, na medida em que, conforme a velha lição de Heráclito de Éfeso, não se bebe água duas vezes no mesmo rio, pois a vida está em constante fluxo. Aliás, François OST (1995, p. 109) – na mesma linha – demonstra a impossibilidade lógica do retorno ao status *quo ante*, pois, “a natureza, como a história, nunca se repete; é apenas ao nível da percepção humana que se forma a impressão de retorno da mesma”.

As dificuldades concretas para a quantificação monetária dos danos e para a definição de medidas reparatórias fizeram com que, paulatinamente, fossem sendo estabelecidas medidas inovadoras, tais como os fundos ambientais.

#### **4 DOCTRINA JURÍDICA E RECUPERAÇÃO DE DANOS ECOLÓGICOS**

Uma vez que já foram apontados os marcos legais relativos à matéria, cumpre que se examine a interpretação doutrinária relativa ao direito posto. Conforme se verá, as vozes doutrinárias, quase que à unanimidade, têm considerado que a reparação dos danos ecológicos deve ser feita inicialmente pela recuperação natural, a qual consiste no emprego de técnicas e no monitoramento de sua efetividade, com vistas a permitir que o ambiente danificado siga um caminho de recuperação orgânico, o qual deverá ser monitorado pelo causador do dano, sob a supervisão do órgão de controle ambiental. Tal recuperação natural, na realidade jurídico-administrativa nacional é feita, primordialmente, mediante a execução de um PRAD, (cf. IN nº 04/2011) que é elaborado pelo responsável pela recuperação da área degradada e submetido ao órgão de controle ambiental, em geral o responsável pelo licenciamento ambiental. Com efeito, não se pode confundir a recuperação de danos ecológicos com “uma moderna versão da Lex Talionis.” (ANTUNES, 2015, p. 164).

Na mesma linha, José Rubens Morato LEITE e Patryck de Araújo AYALA (2010, p. 210) sustentam ser a melhor forma de reparação do dano ambiental [ecológico], “isto é, a ideal”, a utilização de técnicas de recuperação ou recomposição do bem lesado, fazendo-se cessar, também, as práticas lesivas ao meio ambiente, no caso concreto. Assim, conforme

Fabiano Melo Gonçalves de OLIVEIRA (2010, p. 152), a reparação dos danos ambientais se biparte em (i) reparação *in natura* e (ii) indenização, observando a existência de uma ordem de preferência, o que significa dizer que a indenização somente será devida na hipótese de impossibilidade da recuperação natural. Não se trata, todavia, de voz isolada, pois, de igual teor é o entendimento esposado por Danny Monteiro da SILVA (2006, p. 188), vez que a recuperação natural somente deverá ser abandonada se “comprovado ser tecnicamente impossível obter o padrão ambiental anterior ao acontecimento da lesão.” Até mesmo a doutrina maximalista, como é o caso de Annelise Monteiro STEIGLEDER (2004, p. 237), entende que a “opção fundamental” é a restauração natural do ambiente. Especificamente em relação à opção indenizatória, Luciana Stocco BETIOL (2010, p. 157) ressalta que a indenização pecuniária deve ser tida como última opção “em clara demonstração de que o fim do direito é o de restituir o meio natural ao seu estado primitivo, mesmo porque a indenização não tem o condão de apagar o prejuízo, mas apenas de compensar a vítima”. De fato, como lembrado por Patrícia Faga Iglecias LEMOS (2010, p. 209), “a reparação concreta do meio ambiente degradado é sempre preferível ao pagamento de indenização”.

A doutrina jurídico-ambiental internacional, assim como a nacional, tem clara opção pela recuperação natural dos danos ecológicos, como demonstram Agathe Van LANG (2011, p. 214) e Eve TRUILHÉ-MARENGO (2015, p. 247). Van Lang, inclusive, lança a interessante questão da contradição entre o reembolso das despesas relativas às medidas de recuperação ambiental e o estabelecimento de uma indenização pecuniária para a recomposição da degradação. Segundo a autora, ambas são autoexcludentes. Aliás, conforme assinalado por Truilhe-Marengo, a Diretiva 2004/35/CE, claramente, fez a opção pela primazia da recuperação natural em relação à indenização. Apenas à guisa de complemento, vale citar as soluções legislativas de alguns países. No Direito Português, o Código Civil, em seu artigo 566º, I, expressamente determina que a indenização em dinheiro será fixada “sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”, confirmando, portanto, que a proporcionalidade e a recuperação natural são elementos fundamentais como limites da recuperação natural. O mesmo se diga em relação ao artigo 829º, II relativo às demolições, quando o “prejuízo da demolição para o devedor for consideravelmente superior ao prejuízo sofrido pelo credor”. Da mesma forma dispõe o Cód-

go Civil alemão, no § 251 (1), dispondo que quando a restauração não for possível ou suficiente para compensar o credor, o responsável pelos danos deve fazê-lo pelo restante em dinheiro. Se a recuperação natural somente for possível com despesas desproporcionais, também aí, deverá ser feita a indenização em dinheiro (§. 251(2)). O próprio Código Civil brasileiro permite, por integração análoga, quando se tratar de questões ambientais, identificar que a indenização em pecúnia é etapa posterior à impossibilidade de se cumprir com o objeto da dívida (artigo 947).

## 5 FUNDOS AMBIENTAIS

Em termos de reparação de danos aos interesses difusos – que, como já foi analisado, se assemelham em alguma medida à violação de direitos subjetivos –, o Brasil admite a existência de fundos ambientais com objetivos reparatórios (ANTUNES, 2015, p. 203). Tais fundos são, em nível federal: (i) Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (“FDD”), (ii) Fundo Nacional do Meio Ambiente (“FNMA”) e (iii) Fundo Amazônia (“FA”). Todavia, nem todos os fundos listados são constituídos por verbas decorrentes de indenizações pecuniárias devidas por danos ecológicos; na verdade, embora os três fundos mencionados tenham entre os seus diferentes objetivos a reparação de danos ecológicos, somente um tem como fonte de recursos as indenizações decorrentes de condenações judiciais pela prática de danos ecológicos.

O FDD tem sua origem na Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/1985), que determina que “[h]avendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo”, cuja destinação será para a “reconstituição dos bens lesados”. Percebe-se que há uma contradição na norma, pois a indenização não se confunde com a hipótese de reconstituição dos bens lesados, visto que esta última é uma obrigação de fazer que se consubstancia em um PRAD. Atualmente o FDD é regido pelo Decreto nº 1.306, de 9 de novembro de 1994. É importante registrar que os recursos arrecadados pelo FDD deverão ser utilizados em atividades “relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado”, buscando-se a “reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível”, ou seja, reconheceu-se a impossibilidade da repristinação ao chamado status *quo ante*.

O FNMA foi criado pela Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, não tendo qualquer relação legal com a reparação de bens naturais, resul-

tantes de responsabilidade civil. Os recursos do FNMA são destinados à aplicação em (i) unidades de conservação; (ii) pesquisa e desenvolvimento tecnológico; (iii) educação ambiental; (iv) manejo e extensão florestal; (v) Desenvolvimento Institucional; (vi) Controle Ambiental e (vii), desenvolvimento econômico racional e sustentável da flora e fauna nativas.

O FA é um fundo regido pelo Decreto nº 6.527, de 1º de agosto de 2008 e administrado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (“BNDES”), constituído basicamente por doações internacionais, voltado basicamente para a proteção do bioma Amazônia; seus recursos se destinam a: (i) gestão de florestas públicas e áreas protegidas; (ii) controle, monitoramento e fiscalização ambiental; (iii) manejo florestal sustentável; (iv) atividades econômicas desenvolvidas a partir do uso sustentável da vegetação (v) zoneamento ecológico e econômico, ordenamento territorial e regularização fundiária; (vi) conservação e uso sustentável da biodiversidade; e (vii) recuperação de áreas desmatadas. Assim como o FNMA, o FA não tem por característica a de ser um fundo composto por indenizações para recuperação de danos ecológicos.

O FDD teve uma arrecadação total, no ano de 2016, da ordem de R\$ 775.042.663,00<sup>5</sup>, dos quais as condenações judiciais relativas a danos ecológicos perfizeram o montante de R\$2.716.068,21<sup>6</sup>, valor inexpressivo diante do volume de recursos do fundo. Observe-se que, no mesmo período, as infrações cometidas em relação à ordem econômica aportaram R\$ 178.752.647,64 ao FDD. Não se faz uma apreciação sobre os fundos estaduais, pois, na maioria dos estados, a informação não está disponível.

Os poucos recursos recolhidos ao FDD demonstram que o modelo indenizatório por via judicial, como parece ser o preferido no Brasil, é amplamente ineficiente.

## 6 RECUPERAÇÃO NATURAL E PROPORCIONALIDADE

Como já abordado neste artigo, a proteção do meio ambiente, em diversos países, inclusive no Brasil, é uma obrigação constitucional; logo, parece evidente que ela deve ser executada estritamente dentro dos limites constitucionais e legais. Dessa forma, as ações da autoridade pública, com vistas à recuperação de danos ambientais, estão contidas nos limites constitucionais de toda e qualquer ação administrativa.

5 Mais informações em: <<https://goo.gl/PMC2h5>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

6 Mais informações em: <<https://goo.gl/oviHKa>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

Como já foi amplamente demonstrado, a recuperação (restauração) natural é a primeira medida a ser adotada para as hipóteses de danos ecológicos. Sabe-se, todavia, que é uma medida de natureza administrativa – na medida em que é submetida ao controle de órgãos ambientais – e, portanto, sujeita aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, no caso brasileiro, contemplados no artigo 37 da CRFB. Ainda que não seja um princípio explícito, a proporcionalidade da ação administrativa é um imperativo de ordem constitucional em um Estado Democrático de Direito.

Em sede legal, a proporcionalidade da ação administrativa está contemplada na Lei de Processo Administrativo Federal (Lei Federal nº 9.784/1999), conforme artigo 2º, parágrafo único, inciso VI. No particular, relembre-se Maria da Glória GARCIA (2015, p. 34-35) para quem um “Estado Ambiental” não se confunde com um Estado que suprima a liberdade e o Direito “em nome da defesa do ambiente”. Uma das maiores garantias da não supressão das liberdades é dada pelo fato de que o Estado de Direito, mesmo o chamado “Estado de Direito Ambiental” e suas inúmeras variáveis (SARLET e FENSTERSEIFER, 2014, p. 27), age em conformidade com a lei, além de que as suas ações, repressivas ou não, são tomadas proporcionalmente às ações praticadas pelos particulares – mesmo quando expressam atos ilícitos. Em tema de recuperação/reparação de danos ecológicos não é diferente. Com efeito, é a medida proporcional que assegura a colocação de freios à atividade administrativa discricionária, evitando que se transforme em arbitrária, balizando a ação do Estado que é “intérprete-aplicador na concretização da restauração natural” (SENDIN, 1998, p. 218).

A ideia de prevalência das medidas proporcionais para a adoção de procedimentos de recuperação de danos ecológicos é afirmada pela própria PNMA, pois ela é explícita em seu artigo 2º ao estabelecer a necessidade da compatibilização entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico. Logo, o próprio PRAD deve ser concebido sem custos ou com custos não excessivos, sob pena de inviabilizar economicamente o responsável pela recuperação natural da área degradada, o que acarretará, como última consequência, a própria paralisação do processo de recuperação natural. Assim, parece evidente que a chamada recuperação integral do ambiente ou a responsabilidade ilimitada por danos ao meio ambiente devem ser tomadas apenas em seu caráter retórico, pois não correspondem (i) às determinações legais e (ii) muito menos a possibilidades concretas,

em grande parte dos casos, pois a “natureza não se repete”.

A propósito, veja-se que o STJ tem, tranquilamente, acolhido a prevalência do princípio da proporcionalidade em matéria de reparação de danos ecológicos, como deixa ver o seguinte trecho de decisão da corte:

No caso em comento, o acórdão recorrido, muito embora reconheça que o Termo de Ajustamento de Conduta, firmado entre as partes, não atende, integralmente, à legislação ambiental, à luz da peculiaridade da demanda, concluiu pela impossibilidade de restauração da vegetação original, tendo em vista tratar-se de trecho totalmente urbanizado. Assim, concluiu pela razoabilidade do acordo firmado no TAC em discussão. V. Nesse contexto, o Tribunal de origem (...) reconheceu (...) que “essa providência, embora insuficiente para restaurar a vegetação original, parece ser a medida mais adequada à singularidade do caso, à luz do princípio da proporcionalidade e do bom senso”, concluindo que “o TAC abarca plenamente o requerido nessa AÇÃO CIVIL PÚBLICA. (STJ, AgInt no AREsp 703837 / SP, Relatora Ministra Assusete Magalhães, 2a Turma, DJe 27/09/2016).

## CONCLUSÃO

A título de conclusão do artigo, é possível constatar que a doutrina, a legislação e a jurisprudência, quando analisadas em conjunto, demonstram que a reparação dos danos ecológicos se faz prioritariamente por meio da restauração natural que, como foi visto, não se confunde com uma abstrata volta a um passado prístino e sem intervenção humana. Ao contrário, a reparação ecológica é definida por um programa de recuperação que indica os limites do que se deve recuperar e como a recuperação deve ser realizada.

É importante registrar que os balizamentos da ação administrativa devem ser observados, inclusive no que diz respeito à proporcionalidade das medidas a serem adotadas, mesmo em termos econômicos. A prática judiciária que, como se sabe, é um importante elemento para informar qual é o direito efetivamente vigente em um determinado país, demonstra que a recuperação de danos ecológicos não se confunde com a imposição de indenizações, salvo nas hipóteses nas quais seja impossível a regeneração natural do ecossistema.

O novo Código de Processo Civil Brasileiro atribui elevado valor ao precedente judicial, o qual pode ser vinculante ou não vinculante, o

que implica no reconhecimento do elevado valor para a ordem jurídica da estabilidade da jurisprudência, indicando que decisões consolidadas não podem, pura e simplesmente, ser ignoradas (CÂMARA, 2015, p. 427).

Em assim sendo, o direito vigente não confunde restauração ecológica com reconstituição absoluta ao status *quo ante* da área afetada.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Frank e HEINZERLING, Lisa. *Priceless – On Knowing the Price of Everything and the Value of Nothing*, New York: The New Press, 2004.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental – Uma abordagem conceitual*, São Paulo: Atlas, 2ª edição, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 18ª Edição, 2016.

BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade Civil e Proteção do Meio Ambiente*, São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Atlas, 1ª edição, 2ª Impressão, 2015.

CARVALHO, Henrique Lopes. *A quantificação de Danos Ambientais e a Proteção do Patrimônio Ambiental Brasileiro – Um Exercício de Direito Comparado*, Brasília: Revista do TCU, Maio – Agosto 2008, p. 59-70.

CONDESSO, Fernando Reis. *Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2014.

GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*. Coimbra: Almedina, Reimpressão. 2015.

GOMES, Carla Amado. *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa: AAF-DL, 2ª edição, 2014.

GOMES, Luiz Flávio e MACIEL, Silvio. *Lei de Crimes Ambientais – Comentários à Lei nº 9.605/1998*, São Paulo: Gen/Método, 2ª edição, 2015.

LANG, Agathe van. *Droit de L`environnement*. Paris: Presses Universi-

taires de France, 3<sup>ème</sup> Édition, 2011.

LEITE, Flávia Dinelli Pontes e ALMEIDA, Josimar Ribeiro. *Valoração Econômica do Recurso e do Dano Ambiental aplicada à Quantificação de Débito Imputado pelo Tribunal de Contas da União*, Brasília: Revista do TCU, Julho – Setembro 2005, p. 77-90.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental – Do individual ao Coletivo Extrapatrimonial*, São Paulo: RT, 3<sup>a</sup> edição, 2010.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito Ambiental – Responsabilidade Civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: RT, 3<sup>a</sup> Edição, 2010.

MALINGREY, Philippe. *Droit de L'Environnement – comprendre et appliquer la réglementation*. Paris: Lavoisier, 6 édition, 2016.

MORAN, Emilio F. *People and Nature – An Introduction to Human Ecological Relations*, Malden: Blackwell Publishing, 2011.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. *Valoração Econômica como Critério de Decisão*. Brasília: Revista do TCU, Abril-Junho 2004, Edição Comemorativa, p. 92-95.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. *Direito Ambiental*, São Paulo: RT, 2<sup>a</sup> edição, 2010 OST, François. *A Natureza à Margem da Lei*, Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

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

SENDIM José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos – Da Reparação do Dano Através de Restauração Natural*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

SILVA, Danny Monteiro da. *Dano Ambiental e sua Reparação*. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Pedro Paulo de Lima e, GUERRA, Antônio T., MOUSINHO, Patrícia, BUENO, Cecília, ALMEIDA, Flávio G de, MALHEIROS, Telma, SOUZA Jr, Álvaro Bezerra de. *Dicionário Brasileiro de Ciências Ambientais*, Rio de Janeiro: Thex, 1999.



STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental – As dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRUILHÉ-MARENGO, Eve. *Droit de L'Environnement de L'Union Européene*, Bruxelles: Larcier, 2015.

Artigo recebido em: 27/04/2017.

Artigo aceito em: 21/08/2017.

**Como citar este artigo (ABNT):**

ANTUNES, Paulo de Bessa. A recuperação de danos ecológicos no direito brasileiro. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 293-321, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1056>>. Acesso em: dia mês. ano.



---

# O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: CONTORNOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

**Cristhian Magnus De Marco**

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS);  
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC);  
Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC);  
E-mail: [cristhian.demarco@unoesc.edu.br](mailto:cristhian.demarco@unoesc.edu.br)

**Orides Mezzaroba**

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC);  
Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)  
E-mail: [oridesmezza@gmail.com](mailto:oridesmezza@gmail.com)

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo caracterizar a afirmação histórica da categoria *desenvolvimento sustentável* nos documentos internacionais legitimados pela Organização das Nações Unidas. Aponta-se para um refinamento ocorrido na noção de desenvolvimento, que a projeta para além do desenvolvimento meramente econômico. O mesmo refinamento ocorreu com o conceito de preservação ambiental. A perspectiva da sustentabilidade veio a permitir uma percepção expandida da complexidade do fenômeno, tornando-o fundamental para a promoção integral de todos os demais direitos. Quanto à metodologia empregada, trata-se de pesquisa bibliográfica e documental. Com isso, o artigo responde que o desenvolvimento sustentável se apresenta como um novo princípio jurídico, capaz de superar o jogo retórico e gerar direitos e responsabilidades na seara jurídica.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento sustentável; Direitos humanos; Princípio.

*THE HUMAN RIGHT TO SUSTAINABLE DEVELOPMENT:  
HISTORICAL AND CONCEPTUAL CONTOURS*

**ABSTRACT**

*The purpose of this article is to characterize the historical assertion of the category sustainable development in the international documents legitimized by the United Nations. Points to a refinement in the notion of development, which projects it beyond merely economic development. The same refinement occurred with the concept of environmental preservation. The perspective of sustainability has allowed an expanded perception of the complexity of the phenomenon, making it fundamental for the integral promotion of all other rights. Regarding the methodology used, it is bibliographical and documentary research. Thus, the article responds that sustainable development presents itself like a new legal principle capable of overcome the rhetorical game, generating rights and responsibilities in the legal arena.*

**Keywords:** *Sustainable development; Human rights; Principle.*

*“A rapidez da mudança e a velocidade com que novas situações se criam acompanham o ritmo impetuoso e insensato do Homem, ao invés de acompanhar o passo deliberado da Natureza.”*  
Rachel Carson

## INTRODUÇÃO

O texto em epígrafe foi escrito em 1962, pela escritora e cientista Rachel Carson (1969, p. 16-17), portanto, 10 anos antes da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em Estocolmo. Ele representa bem o movimento de renovação das ideias ecológicas ocorrido após a Segunda Guerra Mundial. O livro é bastante simbólico no que diz respeito à interação da vida humana com o meio ambiente e, mais especialmente, com relação aos efeitos da ação humana na transformação da natureza e às consequências para si próprio e para o seu entorno.

Nesse contexto, o objetivo central do presente artigo é analisar o processo de consolidação do princípio<sup>1</sup> do desenvolvimento sustentável por uma metodologia que propicie análises da categoria em foco em suas dimensões: (a) conceitual; (b) empírica, e (c) crítico-normativa.<sup>2</sup> As distinções analíticas são necessárias para garantir os controles intersubjetivos da temática proposta, procurando-se manter o discurso no quadrante dos propósitos científicos. A observação empírica e o rigoroso controle crítico completam essa metodologia integrativa de análise.

O artigo explorará os principais documentos internacionais sobre desenvolvimento sustentável. Para tanto, a primeira tarefa é o estabelecimento de alguns acordos semânticos. Para a definição de Direitos Humanos é interessante partir da noção apresentada por Peces-Barba<sup>3</sup>, para

1 Adota-se como conceito operacional de princípio aquele elaborado por Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais: “[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização.” (ALEXY, 2008, p. 90.) Com isso, declara-se que o presente trabalho tem pretensões de proporcionar análises interessantes para a dogmática dos direitos humanos e fundamentais.

2 O presente texto apropria-se da proposta metodológica alexyana, para quem a dimensão analítica “diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente.” A dimensão empírica pode ser compreendida em relação à cognição do direito positivo válido, e a dimensão normativa avança para a elucidação e à crítica da práxis jurídica e jurisprudencial. (ALEXY, 2008, p. 33-35).

3 [...] “faculdades que o Direito atribui a pessoas e aos grupos sociais, expressão de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade, participação política, ou social ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o desenvolvimento integral das pessoas em uma comunidade de homens livres,

quem os Direitos Humanos implicam faculdades atribuídas às pessoas e às coletividades pelo Direito. Assim, vida, liberdade, igualdade, participação e outros aspectos fundamentais que importem ao desenvolvimento integral das pessoas poderão ser exigidos e deverão ser garantidos por quem de direito e de dever.

Essa é uma definição importante porque contém uma visão de integralidade dos Direitos Humanos, que se coaduna com a proposta de existência material (*ethos*) de um direito ao desenvolvimento sustentável, tal como se propõe neste artigo. Ademais, a ideia aqui defendida é bastante ampla, permitindo sua subsunção numa concepção também generalizada e formal acerca das normas de Direitos Humanos. Ou seja, formalmente, numa teoria discursiva do Direito, pode-se compreender que as normas de Direitos Humanos sejam todas aquelas para as quais exista uma correta fundamentação referida a Direitos Humanos (ALEXY, 2008, p. 76). Nesse aspecto, o pressuposto epistemológico deste artigo está assentado numa certa teoria da argumentação jurídica, que presume racionalidade intersubjetiva e a construção da existência humana na linguagem e por meio dela (ALEXY, 2011).

Os Direitos Fundamentais são compreendidos neste artigo exatamente com a mesma fundamentação e metodologia dos Direitos Humanos. Apenas por uma questão de técnica jurídica, afirma-se que as normas de Direitos Fundamentais procedem de uma fundamentação referida aos Direitos Fundamentais constantes do texto (disposições normativas) de uma determinada Constituição.

## **1 PANORAMA SOBRE A IMPORTÂNCIA HISTÓRICA DA CATEGORIA “DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL” NO CENÁRIO MUNDIAL**

O mundo tornou-se um lugar pequeno, e as mudanças climáticas podem ser sentidas por qualquer um. O futuro chegou! A responsabilidade moral que esta geração tem para com a sustentabilidade dos ecossistemas, a distribuição dos bens e dos encargos diante dessa realidade é uma questão de Justiça. Essas são as impressões de Klaus Bosselmann (2015, p. 26), para quem sustentabilidade e justiça proporcionam sentimentos semelhantes; e, no tempo atual, nenhum deles é mais urgente ou distante do que o

exigindo o respeito ou a atuação dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com garantia dos poderes públicos para restabelecer seu exercício em caso de violação ou para realizar sua prestação”. (PECES-BARBA, 1987, p. 1415).

outro, notadamente quando se percebe que viver bem no agora seria injusto se tal condição se der à custa das gerações futuras.

Embora o avanço teórico das categorias *desenvolvimento* e *sustentabilidade* seja notável na última quadra do século passado até os dias presentes, a harmonização da agenda desenvolvimentista com os planos de sustentabilidade permanece com dificuldades. O paradigma do desenvolvimento meramente econômico parece resistir às propostas holísticas do desenvolvimento sustentável, o que é preocupante, já que aquele modelo não leva em conta as proposições declaradamente mais comprometidas com a justiça social, econômica e ambiental do presente e do futuro. Vale observar, com efeito, um pouco da evolução histórica do valor: *desenvolvimento sustentável*.

Logo após a Segunda Grande Guerra, houve criação da Organização das Nações Unidas (ONU), cujo objetivo primordial foi pensar a paz mundial. Mas o mundo também necessitava de um novo planejamento para as economias que haviam sido dilaceradas pela guerra. Foram então realizados os acordos de Bretton Woods, promovidos em uma série de conferências em New Hampshire para o estabelecimento de controle e normatização da política econômica internacional. Contudo, a progressiva prosperidade econômica que os acordos proporcionaram para as nações centrais não trouxe de arrasto o mundo todo. Muito pelo contrário.

Para Ignacy Sachs o *desenvolvimento* e os *direitos humanos* foram duas ideias-força importantes para superar resquícios da Grande Depressão e da Segunda Guerra Mundial, impulsionando o sistema das Nações Unidas e os processos de descolonização (SACHS, 2009, p. 47). Depois disso, “a opinião pública tornou-se cada vez mais consciente tanto da limitação do *capital da natureza* quanto dos perigos decorrentes das agressões ao meio ambiente, usado como depósito.” (SACHS, 2009, p. 48).

Nesse cenário, em 1972 foi realizado em Estocolmo, na Suécia, o evento mais emblemático em busca de uma visão ecológica do desenvolvimento com sustentabilidade, ou seja, uma visão holística que insere o humano numa relação de pertencimento e interdependência do ambiente natural. Foi a Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente.<sup>4</sup> No seu primeiro parágrafo constou a proclamação de que “o

4 Os organizadores da Conferência de Estocolmo realizaram um encontro preparatório em Founex (Suíça), em 1971, pontuando pela primeira vez a interdependência entre o desenvolvimento e o meio ambiente. “The current concern with the Human Environment has arisen at a time when the energies and efforts of the developing countries are being increasingly devoted to the goal of development. Indeed, the compelling urgency of the development objective has been widely recognized in the last

homem é, ao mesmo tempo, obra e construtor do meio ambiente que o cerca”. Registra-se, como acréscimo, que “a defesa e o melhoramento do meio ambiente humano para as gerações presentes e futuras se converteu na meta imperiosa da humanidade”, que deve ser buscada em conjunto com a busca da paz e do desenvolvimento econômico e social de todo o mundo (ONU, 1972).

Na mesma época, pesquisadores do chamado “Clube de Roma”<sup>5</sup> haviam publicado seus estudos, denominados de Relatório Meadows - já que Dana Meadows capitaneou o grupo de trabalho -, alertando que, se o mundo prosseguisse com a mesma intensidade de consumo, produção, exploração, poluição e outros indicadores, em 100 anos, no máximo, a humanidade estaria sentenciada a uma catástrofe. A publicação foi aplaudida por uns e considerada alarmista por outros (LOMBORG, 2012, p. 24-40).

Na continuidade, em 1974, a Declaração de Coooioc (ONU, 1974), México, aprovada no simpósio provido pelas agências Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA - e Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento - UNCTAD - registrou, em seu primeiro parágrafo, que, passados 30 anos da assinatura da Carta das Nações Unidas, as expectativas com a implantação e uma nova ordem mundial estavam frustradas. Não se havia cumprido a promessa de uma vida melhor e, em grande medida, constatava-se que as necessidades humanas mais fundamentais não estavam sendo satisfeitas. O mundo estava com mais famintos, mais sem-teto e mais analfabetos desde a criação da ONU. Mas a declaração não suscitou somente a necessidade de provisão das necessidades básicas humanas. Pugnou também por um desenvolvimento integral, que só poderia ocorrer com a ampliação das liberdades e dos direitos.

No ano seguinte, a Fundação Dag-Hammarskjöld, em parceria com a agência PNUMA, produziu o relatório *What now*. Esse documento desafiou as Nações Unidas a procurarem um “ponto de mutação” (*turning point*), alertando para o que sinalizava como uma profunda crise no desenvolvimento, extrema inequidade na partilha das riquezas e consequências ambientais graves. Foram propostas providências urgentes para a retirada

---

two decades by the international community and has more recently been endorsed in the proposals set out by the United Nations for the Second Development Decade.” (THE FOUNEX REPORT, 1971).

5 O Clube de Roma é uma organização informal de cientistas de diversas áreas, economistas, homens de negócio, políticos e outros, destinada ao estudo das mudanças globais complexas que desafiam a humanidade. (MURESAN, 2011, p 59-68). O relatório patrocinado pelo Clube de Roma, em parceria com o Massachusetts Institut of Teconology (MIT), está publicado em língua portuguesa em: MEADOWS; MEADOWS; RANDERS; BEHRENS III (1978).



de pessoas da linha de pobreza extrema e para um novo desenvolvimento, orientado para a preservação ambiental (DAG HAMMARSKJÖLD REPORT, 1975).

Mas a consolidação da expressão *desenvolvimento sustentável* deu-se com o Relatório Brundtland. A *World Commission on Environment and Development* (WCED) havia sido constituída em 1983 e publicou o seu relatório em 1987, sob o nome *Brundtland Report*. Logo as Resoluções nºs 42/187 e 42/186 da Assembleia Geral da ONU endossaram o relatório, propondo uma união de esforços para que todos os objetivos e recomendações apontados fossem cumpridos. Em 1987, o governo Dinamarquês patrocinou a publicação do relatório sob o título: “Nosso futuro comum”. (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1988).

O conceito central do Relatório Brundtland é o “desenvolvimento sustentável”, expressão que foi emprestada do IUCN (Word Conservation Strategy) de 1980 (KOEST, 1990), ou seja: “o desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.”. (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p. 46). O conceito trabalha com dois referentes: (a) a percepção das *necessidades* do presente, quer dizer, a inafastável busca de soluções para a pobreza disseminada pelo mundo, uma vez que, sem a superação desse obstáculo - a satisfação das necessidades básicas das pessoas - é impossível falar em desenvolvimento; e (b) a percepção de que, com o atual estágio de evolução tecnológica e de organização social, há evidentes limitações ambientais para a satisfação das necessidades básicas, seja do presente ou do futuro. Portanto, a preocupação com a sustentabilidade tornou-se uma questão global. A inter-relação entre a pobreza de algumas regiões e o alto padrão de consumo irresponsável de outro deve ser uma questão de justiça e equidade, dependendo disso a sustentabilidade.

Em 1990, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento lançou o seu primeiro relatório anual, denominado Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). A partir dele, o desenvolvimento deixou de ser medido com a ênfase econômica - baseada no Produto Interno Bruto (PIB) e passou a refletir indicadores como: expectativa de vida, educação e condições de desfrutar de uma vida decente (NANDA, 2016, p. 389). O relatório estava propondo que o desenvolvimento habilita as pessoas a tomar suas próprias decisões. Ninguém pode garantir a felicidade humana, mas o

processo de desenvolvimento deverá criar um ambiente favorável para que as pessoas, individualmente ou coletivamente, possam desenvolver seus potenciais e ter uma razoável chance ter uma vida produtiva e criativa, de acordo com as suas próprias necessidades e interesses (UNITED NATIONS, 1990).

Nanda afirma que esses aspectos do bem-estar das pessoas foram habilmente captados pelo Nobel Amartya Sen, em sua obra *Desenvolvimento como Liberdade* (SEN, 2000), ao incorporar escolhas humanas, capacidades, liberdades e empoderamento no conceito de desenvolvimento. (NANDA, 2016, p. 390). O *website* das Nações Unidas confirma que a proposta do IDH foi criada por Mahbud ul Haq, com a participação de Amartya Sen. A importância desse registro é que essa perspectiva do desenvolvimento induziu que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE - produzisse um relatório que sugeria metas para o desenvolvimento internacional. Esses objetivos transformaram-se nos “Objetivos do Milênio” (*Millennium Objective Goals* - MDGs), de 2000 a 2015, e, posteriormente, nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (*Sustainable Development Goals* - SDGs) 2015-2030, aprovado em assembleia geral da ONU, como se verá adiante (NANDA, 2016, p. 390). Dessa forma, *desenvolvimento* e *sustentabilidade* tornaram-se preocupações inseparáveis, seja nos relatórios internacionais, seja nas análises acadêmicas.

De 3 a 14 de junho de 1992, realizou-se no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, com representantes de 108 países, também chamada de Cúpula da Terra ou ECO-92. O objetivo foi avaliar os acontecimentos ambientais ocorridos desde a Conferência de Estocolmo. O evento resultou em cinco importantes documentos: 1) Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ONU, 1992a); 2) Agenda 21 (ONU, 1995)<sup>6</sup>, 3) Princípios para a Administração Sustentável das Florestas (ONU, 1992b), 4) Convenção da Biodiversidade Biológica (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 1994), 5) Convenção sobre Mudança do Clima.<sup>7</sup>

Até a Conferência Rio-92, os documentos publicados enfatizaram o aspecto *intergeracional* do desenvolvimento sustentável, depreendendo-

6 “A Agenda 21 pode ser definida como um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica.”. (ONU, 1995).

7 Todos os documentos mencionados neste parágrafo podem ser encontrados no *site* das NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONU, 2017a).

-se do princípio n. 3 da Declaração do Rio: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras”. Os dois pilares, então, vinham sendo: a atenção às necessidades básicas e a preservação do meio ambiente para a presente geração e para as futuras.

De 2 a 4 de setembro de 2002, a Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Sustentável, realizada em Joanesburgo (ONU, 2002), foi apelidada de Rio+10. Na Declaração corolária desse evento, os países participantes reafirmaram seu compromisso com o desenvolvimento sustentável. Contudo, na visão de Jeffrey Sachs (2015, p. 5), a definição de desenvolvimento sustentável passou a ter uma abordagem mais prática, mais focada numa percepção holística do problema do que na abordagem intergeracional até então enfatizada. Passaram a ser integrados os problemas relativos (a) ao desenvolvimento econômico; (b) à inclusão social, e (c) à sustentabilidade ambiental. Com efeito, o artigo 5º da Declaração de Joanesburgo preconizou: “5. Por conseguinte, assumimos a responsabilidade coletiva de fazer avançar e fortalecer os pilares interdependentes e mutuamente apoiados do desenvolvimento sustentável - desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental - nos âmbitos local, nacional, regional e global”. Assim, o compromisso com as gerações futuras permaneceu, porém, de forma secundária.

Em 2011, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA (United Nations Environment Programme - UNEP) realizou uma publicação denominada *Keeping Track of Our Changing Environment* (seguindo o nosso meio ambiente em transformação) (ONU, 2011). O objetivo da ONU foi apresentar um documento de grande autoridade, com dados estatísticos suficientes para convencer o mundo acerca das transformações pelas quais o planeta vem sofrendo em muitas áreas: população, mudança climática, produção de alimentos, agricultura, desastres naturais e outras questões. Tratou-se de uma preparação para a Conferência Rio+20, apresentando comparações, em cada item de análise, da evolução dos números desde a ECO-92.

Na Conferência Rio+20 (20 a 22 de junho de 2012) o documento final publicado pela ONU - Res. 66/288, *The future we want* (UNITED NATIONS, 2012) - enfatizou a necessidade de integração das três dimensões do desenvolvimento sustentável: social, econômica e ambiental, reconhecendo os vínculos existentes entre elas (parágrafo 3). Em seguida, o

parágrafo 4 declarou o seguinte:

Reafirmamos también que es necesario lograr el desarrollo sostenible promoviendo un crecimiento sostenido, inclusivo y equitativo, creando mayores oportunidades para todos, reduciendo las desigualdades, mejorando los niveles de vida básicos, fomentando el desarrollo social equitativo y la inclusión, y promoviendo la ordenación integrada y sostenible de los recursos naturales y los ecosistemas, que contribuye, entre otras cosas, al desarrollo económico, social y humano y facilita al mismo tiempo la conservación, la regeneración, el restablecimiento y la resiliencia de los ecosistemas frente a los problemas nuevos y en ciernes.

A partir do parágrafo 245 do documento *The future we want* está assentada a política global das Nações Unidas para o cumprimento de “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável”, também chamados de *objetivos para mudar o mundo*, destacando a interdependência entre as três dimensões da sustentabilidade. Os 8 Objetivos do Milênio (ODM)<sup>8</sup>, cuja agenda fora traçada no ano de 2000 para perdurar até 2015, foi agora ampliada pelo documento “*Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*” (ONU, 2015b), de 13 de outubro de 2015:

Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas que estamos anunciando hoje demonstram a escala e a ambição desta nova Agenda universal. Eles se constroem sobre o legado dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e concluirão o que estes não conseguiram alcançar. Eles buscam concretizar os direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas. Eles são integrados e indivisíveis, e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental.

Essa referência aos principais<sup>9</sup> textos políticos e jurídicos - apresentada acima - parece ser suficiente para caracterizar o *desenvolvimento sustentável* como um novo valor moral, ético, político e jurídico de grande

8 1 - Redução da pobreza; 2 - Atingir o ensino básico universal; 3 - Igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4 - Reduzir a mortalidade na infância; 5 - Melhorar a saúde materna; 6 - Combater o HIV/Aids a malária e outras doenças; 7 - Garantir a sustentabilidade ambiental; 8 - Estabelecer uma Parceria Mundial para o desenvolvimento.

9 Há outros documentos citados na seção II da Res. n. 66/288, sob o título: Renovação do Compromisso Político. Também para verificar um relatório sobre grandes documentos internacionais sobre o meio ambiente, conferir: ONU Brasil. A ONU e o Meio Ambiente (2017a). Importante referir-se que, a partir de 2014, a ONU tem uma Assembleia Ambiental das Nações Unidas. Conferir: UNITED NATIONS (2016).

importância, capaz de gerar direitos e deveres humanos e fundamentais.

Vale dizer, por oportuno, que o “desenvolvimento”, como direito, inicia sua afirmação histórica no sistema da ONU com o art. 55 da Carta de junho de 1945<sup>10</sup>. Mas a expressão: “Direito Humano ao Desenvolvimento” foi positivada pela Resolução n. 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1986, com a denominada Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (1986). Não está nos propósitos deste artigo promover uma digressão mais detalhada sobre do direito ao desenvolvimento. Basta a síntese realizada por Ignacy Sachs (2008, p. 37), bastante convincente acerca da complexificação desse direito e sua integração necessária com a sustentabilidade:

Podemos resumir a evolução da ideia de desenvolvimento, no último meio século, apontando para a sua complexificação, representada pela adição de sucessivos adjetivos – econômico, social, político, cultural, sustentável – e, o que é mais importante, pelas novas problemáticas.

A Agenda 2030 das Nações Unidas (ONU, 2015), já mencionada acima, estabeleceu os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). São eles:

- Objetivo 1 - Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;
- Objetivo 2 - Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;
- Objetivo 3 - Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades;
- Objetivo 4 - Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos;
- Objetivo 5 - Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas;
- Objetivo 6 - Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos;
- Objetivo 7 - Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos;
- Objetivo 8 - Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos;

10 CARTA DA ONU (1949): “Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;”.

Objetivo 9 - Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação;

Objetivo 10 - Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;

Objetivo 11 - Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis;

Objetivo 12 - Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis;

Objetivo 13 - Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos;

Objetivo 14 - Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;

Objetivo 15 - Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade;

Objetivo 16 - Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis;

Objetivo 17 - Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

Com efeito, em 2002, data em que Ignacy Sachs preparou o seu pronunciamento - acima citado - para a Comissão Mundial sobre a Dimensão Social da Globalização da OIT, ele já se referia à complexificação do “direito ao desenvolvimento”. Então, com os “Objetivos do Milênio” e, sucessivamente, os “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável”, fica bem caracterizada a perspectiva holística e complexa do novel princípio do *desenvolvimento sustentável*.

## **2 A AFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO DO “DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL” COMO RESPONSABILIDADE E DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL**

Jeffrey Sachs (2015, p. XIII) sugere que a presente Era seja chamada de: “Era do Desenvolvimento Sustentável”. Essa denominação se justifica, para o autor, em razão da interconexão social globalizada, como nunca existiu anteriormente. Ideias, negócios, pessoas, tecnologias e doenças alastram-se com velocidade e intensidades sem precedentes. Transita-se entre a alegria de constantes novas informações e o medo de catástrofes ambientais. Há novas oportunidades e novos riscos.

Ampliando as três conhecidas dimensões do desenvolvimento sustentável, propostas nos documentos internacionais, Freitas (2011, p. 55) defende, sem caráter exaustivo, a existência de cinco dimensões, “mais ou menos entrelaçadas como galhos de uma árvore”. Propõe o autor, para fins de sistematização, que sem enfoques banalizantes ou reducionismos extremos essas dimensões sejam: a social, a ética, a jurídico-política, a econômica e a ambiental.

A dimensão social é aquela que se preocupa com a ligação entre todos os seres, não permitindo a manutenção de modelos excludentes nem a desatenção aos direitos fundamentais sociais. A sustentabilidade, nessa dimensão, depende da eficácia dos direitos e das políticas públicas ligadas à saúde, à educação, à moradia, ao saneamento, à segurança, ao trabalho e ao lazer, entre outros.

A dimensão ética da sustentabilidade preconiza um dever de agir sempre de forma benéfica para todos os seres humanos (dentro do possível), “não apenas deixar de prejudicá-los”. Exige-se, assim, uma atitude que busque não somente o bem-estar íntimo, mas o bem-estar social. (FREITAS, 2011, p. 58).

A dimensão ambiental da sustentabilidade importa no reconhecimento da dignidade do meio ambiente. E, junto com essa dignidade, está o direito das futuras gerações a um “ambiente limpo”. (FREITAS, 2011, p. 60).

A dimensão econômica exige ponderação entre eficiência e equidade. Produção e consumo devem ser estruturados em bases racionais, com respeito à natureza e em busca da eliminação da pobreza. (FREITAS, 2011, p. 62).

Para Freitas (2011, p. 63), na dimensão jurídico-política “a busca da sustentabilidade é um direito; e encontrá-la é um dever constitucional inalienável e intangível de reconhecimento da liberdade de cada cidadão”. Na conformação intersubjetiva dos conteúdos dos direitos e deveres fundamentais, toda a sociedade deve estar envolvida por meio de participação democrática direta, sempre que viável.

A dimensão jurídico-política contempla direitos que caracterizam um Estado Sustentável, concernentes ao bem-estar, notadamente: a) direito à longevidade digna, b) direito à alimentação sem excessos ou carências, c) direito ao ambiente limpo, d) direito à educação, e) direito à democracia, preferencialmente direta, f) direito à informação livre e de conteúdo apreciável, g) direito ao processo judicial e administrativo com desfecho

tempestivo, h) direito à segurança, i) direito à renda oriunda de trabalho honesto, j) direito à boa administração pública, k) direito à moradia digna e segura. (FREITAS, 2011, p. 63 et. seq.)

Assim, parece que as dimensões: ética e jurídico-política idealizadas pelo autor detêm um forte apelo relacionado aos deveres humanos e fundamentais, ou seja, aqueles compromissos inerentes à cidadania e aos quais, neste texto, prefere-se denominar *responsabilidades*.<sup>11</sup> Pode-se aqui, inclusive, propor que as dimensões social, econômica e ambiental estejam ligadas diretamente ao *Direito* ao Desenvolvimento Sustentável, enquanto as dimensões ética e político-jurídica expressem as *responsabilidades* com o mesmo fenômeno.

Outras classificações referentes às dimensões da sustentabilidade são possíveis. Para Fritjof Capra (1988), a sustentabilidade tem como causa os princípios básicos da ecologia: a) interdependência, b) reciclagem, c) parceria, e) flexibilidade e f) diversidade. As comunidades humanas, para o físico, são comparadas ao comportamento dos ecossistemas.

Interdependência é a “vasta e intrincada rede de relações, a teia da vida”. (CAPRA, 1998, p. 231). É a dependência mútua de todos os organismos. A interdependência tem, em si, uma dimensão ética predominante:

O sucesso da comunidade toda depende do sucesso de cada um dos seus membros, enquanto que o sucesso de cada membro depende do sucesso da comunidade com um todo. [...] Uma comunidade humana sustentável está ciente das múltiplas relações entre seus membros. Nutrir a comunidade significa nutrir essas relações. (CAPRA, 1998, 232).

11 “É pelos deveres, por exemplo, que se pode sustentar seguramente a eticidade imprescindível nas relações jurídicas e não-jurídicas; os valores que elevam os seres humanos, considerando a proximidade dos deveres com as virtudes; e a participação política dos cidadãos, tão essencial ao desenvolvimento da Nação.” (LIMA, 2011). A opção do presente artigo pela expressão *responsabilidade* assenta-se em 4 motivos: (1) afinidade de definições dicionarizadas com as expectativas comportamentais relacionadas à defesa do meio ambiente equilibrado. Nesse sentido, colhe-se do dicionário Aurélio (Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1.496), o seguinte verbete: “**Responsabilidade**. S. f. 1. Qualidade ou condição de responsável. 2. *Jur.* Capacidade de entendimento ético-jurídico e determinação volitiva adequada, que constitui pressuposto penal necessário da responsabilidade. **Responsabilidade moral**. *Filos.* 1. Situação de um agente consciente com relação aos atos que ele pratica voluntariamente. 2. Obrigação de reparar o mal que causou aos outros. (2) afinidade conceitual com a proposta weberiana de ética da responsabilidade.” (3) afinidade com a proposta de responsabilidade individual delineada por Sen, que não despreza a responsabilidade do Estado e da Sociedade com a formação das capacidades humanas. Vale citar: “Uma divisão de responsabilidades que ponha o fardo de cuidar do interesse de uma pessoa sobre os ombros de outra pode acarretar a perda de vários aspectos importantes como motivação, envolvimento e autoconhecimento que a própria pessoa pode estar em posição única de possuir. Qualquer afirmação de responsabilidade social que substitua a responsabilidade individual só pode ser, em graus variados, contraproducente. Não existe substituto para a responsabilidade individual.” (SEN, 2000, p. 322). E, (4) evitar a confusão conceitual das expressões *deveres* e *obrigações*, a primeira atrelada a concepções filosóficas, e as segundas, ao Direito Civil.



Na reciclagem, predominam as dimensões econômica e ambiental, propondo-se que o modo de produção deixe a linearidade - que culmina com o descarte - e que se adotem programas sustentáveis, recicláveis. Já o elemento parceria “significa democracia e poder pessoal, pois cada membro da comunidade desempenha um papel importante.” Havendo progresso na parceria, sustenta Capra, haverá uma “ecoevolução”; “cada parceiro passa a entender melhor as necessidades dos outros.” (CAPRA, 1998, p. 234).

A partir da observação da flexibilidade dos sistemas vivos, Capra propõe o mesmo para as comunidades humanas, como uma estratégia para a resolução de conflitos. Considerando que as decisões rígidas não resolvem bem os conflitos, o autor sugere a flexibilidade.

[...] administrar um sistema social – uma empresa, uma cidade ou uma economia – significa encontrar os valores *ideais* para as variáveis do sistema. Se tentarmos maximizar qualquer variável isolada em vez de otimizá-la, isso levará, invariavelmente, à destruição do sistema como um todo. (CAPRA, 1998, p. 235).

Por fim, a *diversidade* é importante nas comunidades humanas - diversidade étnica e cultural. Se os indivíduos forem isolados, a diversidade pode tornar-se fonte de preconceito e conflitos, mas se todos estiverem conscientes de sua interdependência, a comunidade torna-se flexível e, juntamente com o cumprimento dos demais princípios, sustentável. (CAPRA, 1998, p. 235). Os princípios da flexibilidade e da diversidade convergem, ao que parece, para as dimensões social e jurídico-política.

Para Sen (2011, 285), o Relatório Brundtland fez boa coisa ao definir desenvolvimento sustentável como “o que satisfaz as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades.” Mas, é preciso ir além. Sen propõe que, para evoluir nesse conceito, é preciso incluir nele a dimensão dos *valores*, superando apenas as considerações sobre as *necessidades*. As pessoas têm, efetivamente, necessidades, mas além disso, têm valores; e isso implica apreciação de suas capacidades de raciocinar, avaliar, escolher, participar e agir. “Ver as pessoas apenas de acordo com suas necessidades pode nos dar uma visão muito pobre da humanidade.” (SEN 2011, p. 284).

Robert Solow propôs um novo conceito para sustentabilidade, buscando superar a proposta do Relatório Brundtland. Na visão do eco-

nomista, a sustentabilidade exige que se deixe à geração seguinte as mesmas possibilidades para a realização de seu bem-estar. No mínimo, com mesma possibilidade de manter o padrão de vida existente e proporcionar as mesmas condições à geração subsequente. (SOLOW, 1993).<sup>12</sup> Assim ocorrendo, não há consumo do capital da humanidade, mantendo-se a sustentabilidade.

Sen elogia, de início, a proposta de Solow. A perspectiva da manutenção *do padrão de vida*: “no mínimo tão bom quanto o nosso”, para Sen, motiva a preservação do meio ambiente e estende a compreensão prevista no Relatório Brundtland. Ao invés de limitar a sustentabilidade às *necessidades humanas*, Solow amplia a sustentabilidade para outras dimensões, além da mera manutenção das necessidades.

Ainda que o conceito de Solow seja importante e atrativo, pode-se perguntar se as recomendações de “manutenção de padrão de vida” ou de garantia dos mesmos “níveis de bem-estar” se aplicam também a países em desenvolvimento, como o Brasil, ou àqueles com índices de extrema pobreza. Entrementes, já que a proposta de Solow para a sustentabilidade não é reducionista nem proposta em termos de tudo-ou-nada, parece ser também aplicável às regiões com aquelas características. O conceito proposto por Solow é abrangente e propõe um exame dos contextos de cada realidade.

Solow (2000) admite que um grande dilema aconteça em países pobres; entre o cumprimento de metas econômicas e a preservação do meio ambiente. Por isso ele sugere que, diante da complexidade do mundo, com diversos interesses e gostos, há muito a ganhar investindo em inovação<sup>13</sup> e, também, transformando as perguntas do tipo sim-ou-não (*yes-or-no*), que conduzem a um “beco sem saída”, para perguntas que possam ser respondidas em termos de mais-ou-menos (*more-or-less*). Mas o mais importante, na prática, é identificar o que deve ser realizado *mais* e o que deve ser rea-

12 “For the rest of this talk, I will assume that a sustainable path for the national economy is one that allows every future generation the option of being as well off as its predecessors. The duty imposed by sustainability is to bequeath to posterity not any particular thing - with the sort of rare exception I have mentioned - but rather to endow them with whatever it takes to achieve a standard of living at least as good as our own and to look after their next generation similarly. We are not to consume humanity’s capital, in the broadest sense. Sustainability is not always compatible with discounting the well-being of future generations if there is no continuing technological progress. But I will slide over this potential contradiction because discount rates should be small and, after all, there is technological progress.” (SOLOW, 1993, p. 168).

13 O avanço da inovação tecnológica é fundamental, na visão de Solow, para o crescimento econômico e o desenvolvimento. A abordagem econômica de Solow sobre a importância da inovação tecnológica é complexa, não comportando análise neste trabalho. Menciona-se, portanto, a questão, apenas para eventual interesse que possa ser despertado para uma pesquisa específica sobre a aplicação de novas tecnologias na sustentabilidade urbana. (SOLOW, 2000)

lizado *menos*. (SOLOW, 1993, p. 172).

Para Solow (1993), exigir o impossível de uma sociedade é desobrigá-la de qualquer compromisso com a sustentabilidade. Por isso as posições radicais devem ser evitadas. Mas o autor, partindo da premissa de que há um forte compromisso ético com as gerações futuras - não somente para com as próximas, mas também com as mais distantes -, propõe que se deve deixar para as próximas gerações as mesmas possibilidades de ter níveis de bem-estar iguais aos da atualidade. Em outros termos: “O desenvolvimento sustentável deve, pois, ser encarado como um mandamento, para que o nosso atual padrão de vida não seja conseguido à custa do empobrecimento das gerações futuras.”. (MUELLER, 2005, p. 687).

Sen (2011, p. 285) propõe um conceito de sustentabilidade ainda mais abrangente, defendendo que a satisfação das necessidades e a sustentação de um padrão de vida estejam *comprometidos com os valores e as capacidades humanas*. A valorização de *oportunidades concretas* nem sempre contribui para um “padrão de vida” ou para os “nossos próprios interesses”.

Firmadas essas premissas, Sen defende a relevância de valorizar aquilo que as pessoas têm razão para atribuir importância:

Se a importância da vida humana não reside em nosso padrão de vida e satisfação das necessidades, mas também na liberdade que desfrutamos, então a ideia de desenvolvimento sustentável tem de ser correspondentemente reformulada. Nesse contexto, ser consistente significa pensar não só em sustentar a satisfação de nossas necessidades, mas, de forma mais ampla, na sustentabilidade – ou ampliação – de nossa liberdade (incluindo a liberdade de satisfazer as nossas necessidades). Assim recharacterizada, a liberdade sustentável pode ser ampliada a partir das formulações propostas por Brundtland e Solow para incluir a preservação e, quando possível, a expansão das liberdades e capacidades substantivas das pessoas de hoje “sem comprometer a capacidade das gerações futuras” de ter liberdade semelhante ou maior. (SEN, 2011, 286).

Sen amplia, portanto, o conceito de sustentabilidade, incluindo aspectos valorativos, relacionados à autonomia, à capacidade e à liberdade. Para essa ampliação, esse autor afirma que sua proposta ultrapassa as abordagens que utilizam *renda e riqueza* como critérios para verificar o “êxito humano”. Ultrapassa também a filosofia política de John Rawls - voltada para os bens primários, como renda, prerrogativas, cargos, autoestima e

outros. Sen observa que, para Raws, esses são os principais indicadores para verificar a justiça como equidade, discordando dessa proposição, uma vez que essa lista de bens primários deve ser entendida apenas como uma relação de meios úteis para os fins valiosos da vida humana.<sup>14</sup>

Diante disso, o conceito de sustentabilidade, segundo Sen, leva em conta a sustentabilidade da liberdade vista como capacidade. A proposta procura evitar a excessiva vinculação da sustentabilidade com os aspectos econômicos, com a satisfação de necessidades ou com a manutenção de níveis de vida. A ideia de capacidade e sustentabilidade, para Sen, também leva em consideração esses aspectos, mas, principalmente “está ligada à liberdade substantiva; ela confere um papel central à aptidão real de uma pessoa para fazer diferentes coisas que ela valoriza”. (SEN, 2011, p. 287).

Assim, todos os esforços devem ser empreendidos para que a próxima geração possa também preservar para a geração subsequente a possibilidade de exercício de suas capacidades, isto é, a realização dos valores relacionados ao conceito de vida boa<sup>15</sup> nas dimensões: social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental.

## CONCLUSÃO

Giddens (2010, p. 87-88) afirma que o conceito de “desenvolvimento sustentável” tem um caráter anódino, com imprecisão intrínseca e certo jeito de “chupar cana e assoviar ao mesmo tempo”. São aspectos contraditórios, já que *sustentabilidade* remete à continuidade e ao equilíbrio, enquanto *desenvolvimento* tem foco no dinamismo e na mudança, referindo-se, em geral, ao aumento do PIB. Por isso, em sua opinião “desenvolvimento sustentável mais constitui um lema do que um conceito analítico”. (GIDDENS, 2010, p. 88).

No mesmo sentido, Leite e Caetano (2010, p. 257) asseveram que, “quando tudo é desenvolvimento sustentável, nada o é”. Os autores manifestam preocupação quanto a possível manipulação política do conceito de desenvolvimento sustentável, o que acabaria por deixar ao Poder

14 Cf. RAWLS (2003, p. 239). Sen observa que, para Raws, esses são os principais indicadores para se verificar a justiça como equidade, discordando da proposição, já que essa lista de bens primários deve ser entendida apenas como uma relação de meios úteis para os fins valiosos da vida humana. Deve-se notar, entretanto, que John Raws responde a Amartya Sen, defendendo que sua teoria não descarta a importância das capacidades e sua relação com um mínimo essencial para serem membros cooperativos da sociedade. (RAWLS, 2003, p. 248)

15 *Vida boa* no sentido ético aristotélico, segundo o qual a felicidade que não consiste nas riquezas, nem nas honras, nem nos prazeres, mas numa vida de virtudes, que é ligada a capacidade de realização de condutas proporcionais. (ARISTÓTELES. 2000, p. 47 et seq.).

Judiciário a solução de problemas altamente complexos. A política estaria entregando para o direito o risco de suas decisões. Mais do que isso, para os autores há um vazio conceitual passível de preenchimentos não comprometidos com a causa ambientalista. Assim, tratar o desenvolvimento sustentável como princípio não seria uma forma de proteger o meio ambiente, já que propiciaria uma utilização abusiva com o objetivo de colorir de verde qualquer decisão.

Em substituição ao princípio do desenvolvimento sustentável, Leite e Caetano (2010, p. 257) propõem um novo modelo estatal, a que chamam de Estado de Direito Ambiental: “um conceito abstrato, constituído de elementos jurídicos, sociais e políticos voltados para a persecução de uma condição ambiental capaz de favorecer a harmonia entre os ecossistemas e, conseqüentemente, garantir a plena satisfação da dignidade para além do ser humano.”. Só esse novo Estado pode suprir as lacunas deixadas pelo “afamado desenvolvimento sustentável.”. Seria a superação dos modelos de Estado de Direito Liberal e Estado Social. Um novo horizonte político, aberto à complexidade, à contradição e ao conflito. (LEITE e CAETANO, 2010, p. 258).

As críticas apresentadas pelos renomados autores são inteligentes e ficariam mais interessantes se realizadas dentro da discussão do próprio conceito de desenvolvimento sustentável, sem afastá-lo. Os argumentos são adequados para combater a banalização e o mau uso de uma categoria que vem sendo construída com muito estudo, especialmente nos espaços internacionais em que são discutidos os direitos humanos. Isso porque até mesmo os princípios mais comprometidos com a preservação ambiental, tais como aqueles constantes das constituições do Equador e da Bolívia: *Sumak Kawsay* na língua quíchua, *Suma Qamanã*, em aimará, ou *Teko Porã*, em guarani, que expressam um conceito de vida em plenitude com a Mãe Terra, correm o risco de ser utilizados como mera ferramenta de discurso, um termo cooptado para as funções e estruturas de governo, perdendo seu significado real de transformação cultural, epistemológica e plurinacional. Leis aprovadas no Equador sobre água e mineração, na constatação de Catherine Walsh (2010, p. 20), realizaram exatamente esse uso retórico de categorias que se afirmam próprias para as políticas de proteção ambiental.

Aquilo que, eventualmente, é considerado anódino talvez possa transformar-se em eficaz por meio de ferramentas adequadas. Ir além do poço envenenado e da falsa analogia contribui nessa tarefa argumentativa.

A substituição da denominação da forma de Estado ou a proposição de uma nova ideologia declarada muito provavelmente não surta o efeito desejado; e, do mesmo modo, pode-se cair na armadilha da distorção prática das finalidades declaradas pelas palavras. Por isso, parece ser necessário mover-se na estrutura da linguagem dos direitos; levar os direitos a sério. O direito humano ao desenvolvimento sustentável é algo que vem sendo construído e refinado pela comunidade internacional à custa de pressões de toda a ordem e incertezas - muitas vezes com divergências científicas importantes<sup>16</sup> - mesmo assim, a cada nova conferência, a cada novo relatório publicado (PNUMA, PNUD e outros) surgem elementos empíricos acessíveis à comunidade em geral, que propiciam a formação de um espaço público de debates políticos, jurídicos, acadêmicos e de senso comum.

Por meio de uma perspectiva renovada da dogmática dos direitos humanos e fundamentais, assentada no caráter normativo dos princípios e na integração das dimensões analítica, empírica e crítica, vislumbra-se uma possibilidade discursiva de movimentar-se evolutivamente no conceito de desenvolvimento sustentável.

Uma amostra desse esforço para o aprimoramento conceitual e empírico, bem como certo esmero visando à otimização eficaz do princípio do desenvolvimento sustentável, pode ser depreendida do Relatório do Desenvolvimento Humano de 2015. Depois de 25 anos da publicação do primeiro Relatório do Desenvolvimento Humano, percebe-se que o PNUD partiu, em 1990, de um conceito simples, segundo o qual o desenvolvimento significava “alargar as escolhas humanas atribuindo maior destaque à riqueza das vidas humanas, e não de forma redutora, à riqueza das economias.” (Logo, o conceito de desenvolvimento, desde 1990, não significava mais somente aumento de PIB, como julgou Giddens). Com efeito, o Relatório de 2015 veio a registrar que, nos últimos 25 anos, (a) as pessoas passaram a viver mais tempo; (b) o número de pessoas com acesso à água potável e a saneamento básico é mais elevado; (c) o rendimento *per capita* no mundo aumentou; (d) a pobreza diminuiu; (e) a revolução digital interligou as pessoas de diversos países e sociedades. O Relatório registra, por outro lado, que permanecem grandes desafios relacionados às seguintes áreas: (a) pobreza persistente e desigualdades opressivas; (b) alterações climáticas e sustentabilidade climática em geral; (c) conflitos e situações de instabilidade. Essas situações, obviamente, criam dificuldades

---

16 Autores brasileiros que contestam alguns consensos sobre mudanças climáticas: MACHADO e FELICIO (2011). E, MOLION (2016).

para a garantia do *trabalho digno*, que é o foco do mencionado Relatório, mas nem por isso os problemas relacionados à sustentabilidade e ao meio ambiente deixaram de ser abordados. Por isso, um conceito de trabalho sustentável é proposto:

O Relatório identifica o trabalho sustentável, que promove o desenvolvimento humano ao mesmo tempo que reduz e elimina efeitos colaterais negativos e consequências indesejáveis, como um importante alicerce do desenvolvimento sustentável. O trabalho sustentável expande as oportunidades da geração atual, sem comprometer as das gerações futuras. (ONU, 2015c, p. iv).

Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, ao propor seus 17 objetivos e 169 metas, retiram em grande medida as alegadas vagueza e a ambiguidade do conceito de desenvolvimento sustentável. Ao transformar tais objetivos em critérios mensuráveis, circunstanciados anualmente em relatórios, as Nações Unidas proporcionam um debate importante, não apenas sobre determinados setores de interesse, mas abrangendo a complexa ramificação da árvore do desenvolvimento humano e ambiental.

Por tudo isso, conclui-se que o desenvolvimento sustentável pode ser considerado como um princípio jurídico em evolução.<sup>17</sup> Não há nada que desabone uma abordagem principiológica deste valor.<sup>18</sup> Como propõe Alexy, valor e princípio são duas faces da mesma moeda. Valores estão na dimensão axiológica, e princípio, na dimensão deontológica. Com isso, a possibilidade de intervenção judicial destinada à otimização do direito ao desenvolvimento sustentável nunca deve ser afastada de plano, ainda que os aspectos econômicos e ambientais estejam em lados diferentes da balança, sob pena de negar-se o também direito humano de acesso à Justiça. Uma boa e renovada dogmática dos direitos humanos e fundamentais parece possibilitar uma interpretação ampla e ponderada desse princípio fundamental, sem que haja, necessariamente, prejuízo ao processo político de conquista e de afirmação de novos direitos.

17 As sequências dos Relatórios de Desenvolvimento Humano constituem um bom exemplo dessa evolução conceitual e paradigmática: RELATÓRIOS DE DESENVOLVIMENTO HUMANO GLOBAIS (ONU, 2017b). Para o ano de 2016, o PNUD está apresentando relatórios setorializados. Pode-se conferir o Relatório para a América Latina em: ONU (2015d).

18 Para Alexy (2008, p. 86) valor e princípio são duas faces da mesma moeda. Valores estão na dimensão axiológica e os princípios na dimensão deontológica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BOSELDMANN, K. *O princípio da sustentabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPRA, F. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos seres vivos*. São Paulo: Cultrix, 1988.

CARSON, R. *A primavera silenciosa*. São Paulo: Melhoramentos, 1969.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DAG HAMMARSKJÖLD REPORT. The 1975 Dag Hammarskjöld Report. *What Now*, 1975. Disponível em: <<http://www.daghammarskjold.se/wp-content/uploads/2016/07/What-Now-1975.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GIDDENS, A. *A política da mudança climática*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

JASHCKE, A.; FELICIO, R. A. Ambientes atmosféricos modificados pelo homem e suas verdadeiras implicações. *Periódico Eletrônico Fórum Ambiental da Alta Paulista*, v. 7, n. 8, nov. 2011. Disponível em: <[http://www.amigosdanatureza.org.br/publicacoes/index.php/forum\\_ambiental/article/](http://www.amigosdanatureza.org.br/publicacoes/index.php/forum_ambiental/article/)



view/194/193>. Acesso em: 11 nov. 2016.

LEITE, J. R. M.; CAETANO, M. A. As facetas do significado de desenvolvimento sustentável - uma análise através do Estado de Direito Ambiental. In: PIOVESAN, F.; SOARES, I. V. *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 250-277.

LIMA, F. G. M. D. *Os deveres constitucionais: o cidadão responsável*, 2011. Disponível em: <<http://servicos.prt7.mpt.gov.br/artigos/2011/Deveres%20Constitucionais.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

LOMBORG, B. Environmental alarmism, then and now: the club of Rome's problem - and ours. *Foreign Affairs*, 2012. Disponível em: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/2012-07-01/environmental-alarmism-then-and-now>>. Acesso em: 1º dez. 2016.

MARTÍNEZ, G. P.-B. et al. *Derecho positivo de los derechos humanos*. Madri: Debate, 1987.

MEADOWS, D. H. et al. *Limites do crescimento: um relatório para o projeto do Clube de Roma sobre o dilema da humanidade*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1978.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Convenção sobre diversidade Biológica. Decreto Legislativo n. 2, de 1994, 1994. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/destaques/item/7513-conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-diversidade-biol%C3%B3gica-cdb>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

MOLION, L. C. B. *Desmistificando o aquecimento global, 20--*. Disponível em: <[http://www.icat.ufal.br/laboratorio/clima/data/uploads/pdf/molion\\_desmist.pdf](http://www.icat.ufal.br/laboratorio/clima/data/uploads/pdf/molion_desmist.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2016.

MUELLER, C. C. O debate dos economistas sobre a sustentabilidade – uma avaliação sob a ótica da análise do processo produtivo de Georgescu-Roegen. *Estudos Econômicos*, vol.35, n.4, 2005. p. 687-713. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scieloOrg/php/reference.php?pid=S0101-41612005000400004&caller=www.scielo.br&lang=en>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

MURESAN, A. R. The Club of Rome's Concept of Globalization - State Independence on World Scale. *Research and Science Today*, p. 59-68, 2011. Disponível em: <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rescito1&div=11&start\\_page=59&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults#](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rescito1&div=11&start_page=59&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults#)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

NANDA, V. P. The journey from the millennium development goals to the sustainable development goals. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 44.3, p. 389-412, 2016. Disponível em: <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/denilp44&div=20&start\\_page=389&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/denilp44&div=20&start_page=389&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults)>. Acesso em: 4 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração da conferência da ONU no ambiente humano*, 1972. Disponível em: <[www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc)>. Acesso em: 13 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração do Rio sobre o meio ambiente e desenvolvimento*, 1992a. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Relatório da conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *A/CONF.151/26. Declaração de Princípios sobre Florestas*, 1992b. Acesso em: 24 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento: Agenda 21. *Nações Unidas no Brasil*, 1995. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável*, 2002. Disponível em: <[www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/joanesburgo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/joanesburgo.doc)>. Acesso em: 24 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Keeping track of*

*our changing environment*, 2011. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/Keeping-Track-of-Changing-Environment-UNEP.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Nações Unidas no Brasil. *A ONU e o Meio Ambiente*, 2015a. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Nações Unidas no Brasil. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*, 2015b. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). *Relatório do Desenvolvimento Humano 2015: o trabalho como motor do desenvolvimento humano*, 2015c. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15\\_overview\\_pt.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Uma equipe do relatório regional iniciou um processo participativo, visitando diversos países da região para conversar com os governos e instituições, coletar dados e determinar fatores específicos de cada país que influenciam seu desenvolvimento humano. *ONU: Relatório de Desenvolvimento Humano em 2016 traz metodologia inédita para América Latina*, 2015d. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-relatorio-de-desenvolvimento-humano-em-2016-traz-metodologia-inedita-para-america-latina/>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Nações Unidas no Brasil*, 2017a. Disponível em: <<http://onu.org.br>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no Brasil. *Relatórios de Desenvolvimento Humano Globais*, 2017b. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/relatorios-de-desenvolvimento-humano/rdhs-globais.html#2011>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

RAWS, J. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SACHS, I. Pensando sobre o desenvolvimento na era do meio ambiente. In: STROB, P. I. *Ignacy Sachs: Caminhos para a sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 47-64.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, A. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOLOW, R. *An almost practical step toward sustainability*. New York: Resources for the future, 1993.

SOLOW, R. *Growth theory*. New York: Oxford University Press, 2000.

STRECK, L. L. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THE COCOYOC-DECLARATION. *Helsinki*, 1974. Disponível em: <[https://helsinki.at/projekte/cocoyoc/COCOYOC\\_DECLARATION\\_1974.pdf](https://helsinki.at/projekte/cocoyoc/COCOYOC_DECLARATION_1974.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2016.

THE FOUNEX REPORT. Stakeholder forum for a sustainable future. *The Founex Report on development and environment*, 1971. Disponível em: <<http://www.stakeholderforum.org/fileadmin/files/Earth%20Summit%202012new/Publications%20and%20Reports/founex%20report%201972.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

UNITED NATIONS. *Declaration on the right to development*, 1986. Acesso em: 24 nov. 2016.

UNITED NATIONS. *Human Development Report*, 1990. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/219/hdr\\_1990\\_en\\_complete\\_nostats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/219/hdr_1990_en_complete_nostats.pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2016.

UNITED NATIONS. *66/288. The future we want*, New York, 2012. Dis-

ponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E)>. Acesso em: 24 nov. 2016.

UNITED NATIONS. United Nations Environment Program (UNEP). *Towards a pollution-free planet*: UN environment assembly, 2016. Disponível em: <<http://www.unep.org/environmentassembly/>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

VEIT, K. From Stockholm to Brundtland. *Environmental Policy and Law*, 1990. Disponível em: <<https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/WCs-004.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

WALSH, C. development as Buen Vivir: institutional arrangements and (de)colonial entanglements. *Development*, 53, 2010. 15-21. Disponível em: [www.sidint.org/development](http://www.sidint.org/development). Acesso em: 30 set. 2016.

Artigo recebido em: 17/05/2017.

Artigo aceito em: 16/08/2017.

### **Como citar este artigo (ABNT):**

MARCO, Cristhian Magnus De; MEZZAROBA, Orides. O Direito Humano ao Desenvolvimento Sustentável: Contornos Históricos e Conceituais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 232-349, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1066>>. Acesso em: dia mês. ano.



# BALANCE BETWEEN SOCIO-ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY AND BUSINESS ECONOMIC EFFICIENCY

---

## Grace Ladeira Garbaccio

Doutora e Mestre em Direito pela Université de Limoges (UL).  
Gerente corporativa da Votorantim Energia (VE).  
Email: [glgarbaccio@hotmail.com](mailto:glgarbaccio@hotmail.com)

---

## Christophe Krolik

Pós doutor pela Université de Pau.  
Doutorado em Direito Público pela Université de Limoges.  
Professor da Université Laval.  
Email: [christophe.krolik@fd.ulaval.ca](mailto:christophe.krolik@fd.ulaval.ca)

---

## Ana Carolina de Moura Maciel

Mestre em Administração (FUMEC).  
Líder de Núcleo Socioinstitucional da Fundação Renova.  
Email: [carol\\_mmaciell@hotmail.com](mailto:carol_mmaciell@hotmail.com)

## ABSTRACT

The article aims to present the discussions about sustainability and corporate social responsibility. Such concepts are no longer a trend and are in continuous process of construction, even if the discussions on the subject have gained more proportion in the last decades. It is possible to relate them to the financial results of organizations. And in fact, these concepts are not static, but rather require an ongoing process of redefinition, which now involves a vision of long-term corporate strategy. Organizations have been pushed to change the way they are committed not only to the environmental issue, but especially to how committed they are to society. In this way, corporate social responsibility has grown and is one of the organizations' priorities. It is considered that these organizations face a new risk scenario,

which demands the adoption of a socially and environmentally responsible position, converging towards economic efficiency. Thus, the present analysis was based on bibliographic references using the hypothetical deductive method.

**Keywords:** Sustainability; Social and Environmental Responsibility; Business Economics; Shareholder e Stakeholder.

## *EQUILÍBRIO ENTRE RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL E EFICÁCIA ECONÔMICA EMPRESARIAL*

### **RESUMO**

*O artigo visa apresentar as discussões em torno da sustentabilidade e da responsabilidade social corporativa. Tais conceitos não são mais uma tendência e estão em processo contínuo de construção, ainda que as discussões sobre o tema tenham ganhado maior proporção nas últimas décadas. É possível relacioná-los aos resultados financeiros das organizações. E de fato, esses conceitos não são estáticos, mas sim, demandam um processo contínuo de redefinição, que agora envolvem uma visão de estratégia corporativa de longo prazo. As organizações foram impelidas a mudar a maneira como estão comprometidas não apenas com a questão ambiental, mas, especialmente, como estão comprometidas com a sociedade. Dessa forma, a responsabilidade social empresarial cresceu e aponta como uma das prioridades das organizações. Considera-se que estas organizações enfrentam um novo cenário de riscos, que demanda a adoção de uma posição social e ambientalmente responsável, convergindo para a eficiência econômica. Sendo assim, a presente análise fundamentou-se em referências bibliográficas utilizando o método hipotético dedutivo.*

**Palavras-chave:** *Sustentabilidade; Responsabilidade Socioambiental; Gestão Econômica Empresarial; Shareholder e Stakeholder.*



## INTRODUCTION

The term sustainability, in addition to business jargon, has become a slogan. Different social actors appropriate this discourse - companies, governments, non-governmental organizations, social movements, among others. They also use it politically (COELHO; GODOI, 2010).

The model to be examined is that of systemic sustainability-consideration of economic, social and environmental aspects. The economy seeks the maximization of results, obtained by the increase of production and consumption, with the short-term focus; Society needs goods and services for its survival, with quality of life. On the other hand, environmental demands demand for the preservation of ecosystems (FENKER, 2012).

Thus, sustainability has been gaining ground. What was once deemed as a possible barrier to the growth of organizations, today is presented as part of a new business environment. The demand for the creation of alternative solutions for economic / industrial production has demonstrated that sustainable development is an option to manage the depletion of natural resources and the deterioration of the environment (SOUZA; RIBEIRO; MELO, 2011).

There is no single denominator of value that can permit the measurement of sustainability, and thus, social, economic, and environmental costs and benefits often appear to be the reverse. Likewise, there is still no consensus as to the relationship between best practices of sustainability and better performance of a company. This stems from the discrepancy between studies that investigated relationships between best practices of sustainability or participation in sustainability indexes of financial markets with the highest value, better performance, lower risks and higher market returns (LAMEIRA et al., 2012).

In addition, the relationship between the companies' concerns and the issues surrounding sustainability and better results in relation to other companies that do not care about the issue are also highlighted.

Faced with the doctrinal uncertainties regarding the relationship of being sustainable and effective, the proposal of corporate social responsibility also emerged to support the actions of companies as well as the charges that may be levied on them through discussions of the dimensions of sustainability. For Welzel et al. (2008), this concept is not a

static standard, but rather a continuous process in the search for high levels of involvement and commitment to the social groups of the environment of each company.

The debate about corporate responsibility presents heterogeneity of thoughts. But the changes point to a business management perspective, focusing on the generation of shared value between companies and the various interest groups (FREIRE et al., 2008).

Certainly, these issues gave way to the economic and strategic analysis of social responsibility, focusing on solving not only social problems and, at the same time, business problems, in order to improve the competitiveness of the business. It is a change that, more than inevitable and healthy, it is necessary to avoid that the actions of social responsibility are abandoned (FREIRE et al., 2008).

The socially responsible action of companies has already surpassed the simple trend stage and sustainability has been assuming connotations of long-term strategic business vision. With the demands not only of investors, but also of financiers, consumers and licensing bodies, and therefore legal, companies are obliged to take into account the impact they cause in the surroundings of their operations (KASSAI; HA; CARVALHO, 2011).

There is often resistance on the part of shareholders and senior management of companies for the implementation of social responsibility actions. After all, these actions presuppose the availability of substantial investments and the conviction of the organizational summit to consider the benefits that, although not always tangible and measurable, are effective. The process of argumentation is challenging and demands change of paradigms and business culture (PEREIRA; FENDRICH, 2009).

In the direct relation between sustainability and social responsibility, a new risk is presented, linked to the social performance of companies: in the relationship with its stakeholders, the company does not obtain the social consent to operate, which may directly impact on the granting of formal licenses.

Considering, therefore, the new scenario of risks before the organizations, this article aims to discuss notions about the socio-environmental responsibility, considered fundamental in the analysis of mitigation of its risks in favor of the economic efficiency business. To this end, the study will be based on the hypothetical-deductive method, based on the analysis and revision of bibliographical and documentary references.

## 1 SUSTAINABILITY

The discussion on sustainability was born in the environmental movement. It sought to demonstrate that humanity was at risk, since the planet could no longer support the exploitation of natural resources. These warnings were viewed by economists as the major dilemma between environmental conservation and economic growth. This dilemma mobilized, in turn, several political actors. The issue of sustainability, also in the social sphere, began to question the impacts of the scarcity of natural resources or on the change of the current economic model before society. And, in what way sustainability is related to social inequality, access to consumption, democracy or human rights (CARREIRA, 2011).

Although the debate over the future of mankind has gained more momentum and proportion in the last decades, catastrophic predictions about this future go back to the beginnings of human existence. More recently, these predictions - which have caused controversy - were based on scientific data and sensitized to the gravity of the planet's environmental problems, gained media space and were included in the common-citizen's vocabulary (NASCIMENTO, 2008).

In the historical reconstruction of the emergence of the term and discussions on sustainability, in 1972 a group of scientists, who advised the Club of Rome based on mathematical models, published the "Limits of Growth Report". This report pointed to risks of increasing economic growth through the exploitation of non-renewable natural resources and generated a reaction from the international community, especially from developing countries, which had the objective of achieving the same pattern of growth and consumption in developed countries (NASCIMENTO, 2008).

Recurring environmental accidents of the 1980s led the international community to design and implement environmental preservation proposals. In this regard, the Montreal Protocol, in force in 1989 - which banned the use of specific products that generate environmental impacts, establishing a deadline for their replacement - and the Brundtland Report published in 1987, which disseminated the concept of development (NASCIMENTO, 2008).

In the 1990s, the highlight of the decade was the United Nations Conference on Environment and Development, known as Rio 92. Driven by these debates, ISO 14000 was established and, in 1997, the Kyoto Protocol, which set a goal of reducing emissions of greenhouse gases. This

protocol came into force later, even though important developed countries denied it.

The efforts undertaken in the 1990s continued at the beginning of the 21st century, reflecting the Rio + 10 Summit held in South Africa in 2002, culminating in the revision of the items proposed at the Rio 92 Conference and the Kyoto Protocol, ratified In 2005 (NASCIMENTO, 2008).

At the same time, society has undergone commercial and industrial changes, culminating in a real financial revolution. The antithesis of this revolution was the radical environmentalist, conservationist and preservationist strands that manifest themselves in the form of new social movements (NEWS; BRUNSTEIN, 2012).

In a society in which economic, social, and environmental relationships are interconnected, sustainability is an option when these relationships are treated equally. The path to sustainability may encounter difficulties, since cooperation between nations and people is complex and not so easily articulated (PADILHA; FILHO, 2012).

However, in the view of Lameira et al. (2012), although the search for sustainable practices is not the definitive solution to the context that has been established, the application of its best practices allows to guide a path of convergence of economic forces that will lead to sustained growth.

Although the sustainable discourse has gained notoriety, strong criticisms are identified for this movement, as well as divergent proposals. For Novaes and Brunstein (2012), there are lines of thinking that credit the solution to environmental problems with possible scientific progress. On the other hand, there are other lines that propose the immediate suspension of economic growth as a solution to environmental and social problems.

The diversity of approaches and interests makes the concept of sustainability increasingly nebulous and more worn. The risk is that the discussion falls on the political, public opinion, reproducing in ever shorter cycles, through the constant manufacture of new terms and concepts (MOTA; SILVA, 2009).

From the 90's, there was a clash between projects, discourses, conceptions, institutions and environmental practices. Ecological modernization proposes to price what is priceless in an attempt to make the environment viable as a business opportunity, and tends to equate it with the logic of private property. In this way, the environment and sustainability have become objects of attraction of capital, symbol and

brand that proposes to be attractive (ACSELRAD, 2010).

It is also highlighted as critical to the sustainable development movement the view presented by authors such as Barbieri et al. (2010), who question economic growth as a necessary condition to eradicate poverty, since it is this economic growth, in the view of the authors, the origin of serious environmental and social problems observed in the contemporary world.

The environmental problem has long been no longer restricted to the natural environment and has entered the social space (NASCIMENTO, 2012). The social return, in this context, consists in meeting social needs for a dignified life, with a fair and equitable distribution of natural, non-natural goods - those from human transformation - and services, maintaining the vital conditions of the environment for the perpetuity of the species Human. What demands changes in the economy (FENKER, 2012).

With globalization, large companies began to expand their ventures to meet the new demands of the market. However, this expansion has led organizations to combine their activities in large production centers around the world, demanding a great need for capital and investment. At the same time, social, economic and environmental impacts have also gained global scale. Thus, the gains of technology and development are in collision with the degradation of the quality of life amid the change of social values (LAMEIRA et al, 2012).

When thinking about how the social dimension of sustainability can be analyzed, Falcão and Gómez (2012) emphasize that this permeates all other dimensions, since it is individuals who need to be aware of the need to transform their behavior.

For Munck et. al (2011), organizational sustainability is supported by three competences: ecoefficiency, socio-environmental justice and socioeconomic insertion. Eco-efficiency refers to the ability to supply goods and services, at competitive prices, to meet human needs, with quality of life and reduction of environmental impact. Social and environmental justice aims to ensure that groups, especially the most vulnerable, are not disproportionately affected by the negative effects of production, and stress the right of these groups to participate in decisions that affect them. Socioeconomic insertion allows the organization to act in favor of the collective and involves the promotion of more justice and equality in actions with a view to real growth in the various organizational units and hierarchical levels, thus eliminating social deficits.

Sustainable development means promoting economic development concomitantly with the preservation of the environment and with social benefits. The term sustainable development can be attributed to a country, city or company, again showing the breadth of the theme. When used in the business world, two important synonyms for sustainable development arise: corporate social responsibility and corporate sustainability (VELLANI; ALBUQUERQUE; CHAVES, 2009).

Fenker (2012) says that there is a crisis in social theories, since modernity has not solved important social issues, leading us to a current era of uncertainties and to the environment of social, economic and environmental disruption without, however, the issues it was proposing - poverty removal, sustainability and collective participation. For the author, the current model is economically and environmentally unsustainable and there is an implicit consensus in the discourses that the current model of progress and development needs to be changed, rescuing social justice.

According to Lameira et al. (2012), the search for increasing financial returns must be sustained in the midst of an internal environment that gives people the perception that their individual activity aligns with company goals and society values. Thus, companies that are aware of the need to promote integration among individuals, companies and society develop the best practices of sustainability and social responsibility.

It is important to emphasize that sustainability places at the center of the debate interests of a general nature and not those specific to certain groups or social classes, which modifies the society's asymmetry of power (NASCIMENTO, 2012).

## **2 SUSTAINABILITY IN THE BUSINESS ENVIRONMENT**

The pressures generated by different existing perspectives and demands for a more sustainable performance of organizations impel them to change the way these relate not only to the environment but also to society. What was previously directed to economic aspects has given rise to new challenges, among them the management of the various expectations and demands of stakeholders and shareholders (MARCONATTO, 2010).

Research on shareholder theories and stakeholders points to the contrast between these two lines of thought. These theories are contemporary and controversial due to two main aspects: the approach

of the function and objective of the corporations and the incompatibility between the two visions (BOAVENTURA et al., 2008). Such theories have at the center of the debate two competing viewpoints: contrasting assumptions and processes between shareholders and other stakeholders (SHANKMAN, 1999).

The Shareholder Theory is closely related to organizational efficiency and relies on the argument that company participants agree to cooperate, mutually, through contracts, rather than simply relating through the market. In this theory, the right to property justifies dominating the shareholder's interest to the detriment of other interests (DONALDSON; PRESTON, 1995).

The argument of Fontrodona and Sison (2006) is that investors, when entrusting their capital to a company, assume risks that increase as the use of this capital depends on the management of another actor. And once they assume the greatest responsibility, when the company decrees bankruptcy, for example, the corporation's activity should essentially ensure protection of their interests.

For them, the solution to conflicts of interest begins with the recognition and safeguarding of fundamental human rights. This humanist model considers that organizations are a community of people who, in turn, have intrinsic values and dignity. The nodes of the relationship that unite people are even more important than people considered individually.

Shankman (1999) criticizes shareholder theory as saying that it is only a narrow form of Stakeholder Theory and that the assumptions about human behavior and the implicit motivations are contradictory. In addition, it asserts that there is an implicit moral motivation, which includes fundamental rights and principles, as well as human behavior assumptions.

In turn, the development of the stakeholder concept occurred slowly until the early 1970s, and as the concern for corporate involvement with social issues gained ground, the notion of stakeholder was also strengthened (FREEMAN; REED, 1983).

The concept of stakeholder encompasses groups of individuals who are benefited or harmed and whose rights are violated or respected by the actions of corporations. For Freeman (2002), the concept of stakeholder is a generalization of the notion of shareholder. This concept arises from the premise that, just as the shareholder has the right to demand certain actions of the company's management, the stakeholder also has the right to



make claims. The Stakeholder Theory does not give primacy to one group over another, but rather the search for the balance of relationships.

The stakeholder approach is, according to Freeman and Reed (1983), related to the notion of corporate democracy, which has had, over the years, at least three meanings: corporate democratization; increasing and strengthening the role of government and oversight in business; and obligatoriness or incentive to the participation of the shareholders in the decision making process. These factors also led to the understanding and recognition that there are times when stakeholders should also participate in decision making, which implies, at a minimum, that boards should be more aware of the impact their decisions have on the main groups of stakeholders. As a result, the sophistication with which interest groups are beginning to use formal mechanisms of power, such as annual meetings, social contracts, and so on, to raise the attention of managers has increased.

Hillman and Keim (2001) propose the expansion of a company's responsibility, due to the inability of governments to deal with certain social problems, which extends the role of traditional stakeholders. The authors further state that social and economic performance can be better understood when their analyzes are separated into two different components. From the social aspect, this division would be carried out by the management of stakeholders and social participation, which refer to the value creation process which, in turn, may culminate in the increase of financial return, from the creation of intangible assets. However, using company resources for social issues that are not directly related to the organization's primary stakeholders-customers, suppliers, and the community-does not create competitive advantage.

For Shankman (1999), in stakeholders theory the primary role of management is to achieve balance among all stakeholders. According to the author, this balance between the interests of those involved is the only way to ensure the survival of the company and the performance of other organizational objectives. The normative condition of this theory is that managers must provide returns - inclusive economic as well as other - for stakeholders to continue to create wealth.

In addition, through the stakeholders theory, there is an implicit agreement between society and companies regarding the right to operate as an economic institution and, therefore, subordinated and sustained by the State, in which society has an important role and is supported by a moral context (SHANKMAN, 1999).



Even though organizations, in the view of Freeman et al. (2004), are private properties, there are moral rules that apply to them. No one can use organizations to harm others, at least without their permission. In this sense, the freedom to make agreements and to define how agents use their property is an important principle. Organizations work because shareholders or their agents use this property to create freely negotiated value. This requires managers to understand the basic needs of other parties and how they are affected by negotiation. Exactly for the reasons stated, the concept of sustainability has gained strength.

Barbieri et al. (2010) argue that the speed with which the sustainable movement has been accepted by sectors of the business is unprecedented. The authors state that the starting point of the sustainability discourse came with the publication in 1987 of the report of the World Commission on Environment and Development, known as the Brundtland Report. But this adhesion initially occurred from the outside in response to criticisms and questions about the role of companies. Only recently has this adhesion been incorporated by factors of the very entrepreneurial nature, as a source of differentiation.

There is a resizing by the companies of their mission, which until then had exclusively considered the economic interests of their shareholders. Now, the proliferation of social appeals, whether from employees, consumers and suppliers themselves, comes from the surrounding community where the company is established or from governments (PEREIRA; FENDRICH, 2009).

In this way, companies, seen as organizations or as structuring of social behavior, become increasingly present in the discussions about sustainable development (MELO; SALLES; DELLAGNELO, 2012).

Thus, over the last few years, organizations have sought to adopt a position that is more concerned with socio-environmental problems. This change of vision is driven by the development of environmental legislation and increased collection by society and the market. One of the first ways to show greater concern of organizations with society and the environment is through social responsibility (SILVIA; REIS, 2011).

Considering that sustainable development is a process under construction, it is possible to assess and identify at what point an organization is based on the analysis of its relations with its stakeholders and the characteristics of these relationships. In the same way, it is possible to identify whether or not there is a balance between the social, environmental

and economic aspects that guide these same relations (HOFF; PADOZ, 2009).

The complexity of markets, consumption modes, and internal and external organizational relationships becomes even more pronounced when companies are analyzed in their set of relationships, suggesting the need to establish a more flexible and comprehensive set of practices and sustainable policies. The complexity of sustainability, its involvement with different levels and actors, its quest for balance and its interdependencies require organizations to adapt, interact and negotiate interests, policies and attitudes that are often distant and contradictory to each other (MARCONATTO, 2010).

Considering the different approaches and application to the term, the sustainability of an organization also depends on its ability to anticipate and react to changes in the environment (DEMIL; LECOCQ, 2010).

All the paradoxes, contradictions and ideological clashes presented by the theme must be taken into account by the organizations in their discussions on sustainability. The analyzes must start from the dialectic between local knowledge and traditional science; the knowledge of employees and top executives; the different interests of communities and shareholders; who is interested in sustainability practices; and what lies behind the concept of sustainable development. Through this analysis, it is possible to better understand the role of managers and companies in this process (NOVAES; BRUNSTEIN, 2012).

### **3 CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY**

The current scenario of instability and unpredictability of events is aggravated by the intensification of economic and social crises, which are even more evident by the processes of globalization of markets and communication. These crises, in turn, are responsible for the worsening of social inequality - also amplified by population growth -, bringing environmental problems to be overcome. This scenario presents new challenges to society, both at the governmental and corporate levels, demanding different positions and actions to face the situation. The more structured performance required of the companies aims to foster sustained growth that goes beyond the business environment and expands to the role of companies in society (PEREIRA; FENDRICH, 2009).

Organizational performance is always subject to many

discussions. The configuration that is drawn points to reflections that lead to the questioning of the influence that companies - as open and dynamic systems, whose parts interact with each other and with the environment - receive from external factors, conditioning their profitability and their ability to anticipate and face social change. These factors can no longer be ignored and it depends on companies to provide resources, systematically and continuously, for the formal and planned structuring and management of the strategic direction of business (PEREIRA; FENDRICH, 2009).

Although the initiatives and mobilizations of companies around the objectives and social activities of organizations already register many significant experiences, the debate on the subject is still relatively recent and there is no consensus or standard concept of what would effectively characterize social responsibility, its scope and Competitive advantages and the reputation value that could be added to the companies (PEREIRA; FENDRICH, 2009).

The field of corporate social responsibility is still in formation, both as a social practice and as an object of scientific research in Brazil (MORETTI; CAMPANÁRIO, 2008). Brazilian production has been based predominantly on a utilitarian and functionalist view of social responsibility, and on the elaboration of empirically unproven reflections on the advantages of adopting these practices. It also focuses on the role of corporate social responsibility, which is usually linked to achieving strategic gains in terms of image, competitiveness and cost reduction. The lack of empirical verification allows the questioning as to the scientific validity of these studies, demanding a deepening in the field. Otherwise, these discussions can be dissociated from the organizational reality (BARCELOS; DELLAGNELLO, 2010).

Acting in sectors which are considered to have a high impact is a determining factor for social responsibility practices, due to in this case the political risk is high and leads to a high visibility towards the market, government and society. The companies, whose activities modify the environment, suffer more monitoring of their performance, thus reflecting in more actions of Corporate Social Responsibility (NUNES; TEIXEIRA; NOSSA, 2009).

According to the classification of Filho et al. (2011), social issues can be divided into three categories: generic social issues, social impacts of the value chain and social dimension of the competitive context.

Generic social issues are of importance and interest to society,

but do not affect the operations of the company or its competitiveness directly. Social impacts of the value chain relate to the social issues that are affected significantly by the companies in function of their activities. The social dimension of the competitive context refers to the social issues of the external environment that directly affect the company's competitiveness in the place where it operates.

Leal and Rego (2010) propose seven dimensions for corporate social responsibility, which are included in two macro dimensions, such as the responsibilities to clients and the responsibilities to the owners: economic oriented to the clients, economic oriented to the owners/shareholders, legal, ethical, discretionary, employee-oriented, discretionary, community-oriented and discretionary oriented towards the natural environment.

In turn, Carroll (1979) suggests three distinct aspects of corporate social performance that are in some way interrelated: the basic definition of social responsibility (is it that a company's responsibility goes beyond economic and legal concern?); enumeration of which issues social responsibility covers (which areas are the responsibility of the company - social, environment, product safety?); and the philosophy of response (does the company respond to the question proactively?).

For a full definition of corporate social responsibility, according to the author, among the various obligations that the business has for society, one must consider the economic, legal, ethical and discretionary aspects of the business. These four categories are not mutually exclusive or even intended to portray the economic concerns at one end and social concerns of another.

Carroll (1979) recognizes, however, that economic responsibility is the first and foremost of a corporation, since it is the basic economic unit of society. As such, the company has the responsibility to produce goods and services that society wants. All other business functions are based on this fundamental assumption.

Regarding legal liability, it is considered that the company has sanctioned the economic system, allowing businesses to take over the production function. As a partial item for the fulfillment of this social contract, the company also instituted basic rules - laws and regulations - based on which business must operate. The company expects companies to fulfill their economic mission in accordance with legal requirements.

Although economic and legal responsibilities have implicit ethical standards, there are additional behaviors that are not necessarily

transformed into laws, but nevertheless, they are expected to be considered in the same way. Ethical responsibilities are not well defined and are among the most difficult aspects for organizations to deal with.

Discretionary responsibilities are those that society does not present clearly and it is up to companies to assume social roles beyond economic, legal and ethical.

In addition to the nature of social responsibility performance, Carroll (1979) argues that it is also necessary to identify the social issues or thematic areas to which those responsibilities are tied. The fact is that these are different for different industries. For this reason, the relationship between business and society has given way to managerial approaches, which are more concerned with development, to specify generalized ways of responding to all social issues that become meaningful to a company. Thus, a new aspect arises in this analysis: the philosophy, mode or strategy behind the response of social responsibility given by a company. This response can range from lack of response or a proactive attitude.

The model presented by Carroll (1979) acts as a guide to criteria to assist organizations in developing their social posture. The result is systematic attention to social responsibility. According to this model, the social performance of a company requires the evaluation of the company's social responsibilities. These social issues must be identified and a response must be chosen.

In another model proposed by Porter and Kramer (2002), social and economic goals are not conflicting, but complementary and interconnected. For them, competitiveness today depends on productivity and how each company uses the labor force, capital and natural resources to produce high-quality products and services. Productivity, however, depends on workers with education, safety, health, housing and motivated by a sense of responsibility.

## CONCLUSION

Studies on social responsibility in Brazil are more recent than those carried out abroad. The international theorists bet on the expansion of the concept, relating it with other complementary themes for the development of a paradigm that understands the field of business and society. These theorists also focus on the proposition of social performance evaluation models, which are constantly criticized and reviewed by themselves and

other scholars (FREIRE et al., 2008).

It is true that corporate social responsibility grows as a priority for some of the world's leading business leaders (PORTER; KRAMMER, 2006). Many companies already consider the social and environmental consequences of their activities, although these efforts are not as productive as they could be. Among the reasons for this is the pressure for companies to adopt social responsibility in their generic forms, rather than directing them to the adequacy of each company's strategy. Managers without a strategic understanding of social responsibility are prone to postpone these costs, which can lead to much higher costs when the company is later deemed to have violated its social obligation.

In corporate social responsibility, the organization proposes to offer greater social value. In the search for opportunities such responsibility is of great relevance, since social issues are intertwined with business and vice versa.

However, it would not be impossible to conclude that discussions about corporate social responsibility are still marked by a lack of rigor. The corporation must be treated as a social entity and, in this sense, it should have social responsibilities as intrinsic to its activity. The need for joint management, sharing of points of view and opening of the decision-making process, for issues that affect different interest groups, should be a pillar of business sustainability. Such a vision would require organizations to create inter-organizational arrangements that allow them to reach and manage multiple interests.

It is necessary to consider that the notions of social and environmental responsibility are not just another ideological device to preserve the current conditions of concentration of capital and wealth and make the scenario of social injustice persist, believing in concerns that are more likely to hide the economic system that properly seek to solve them.

## REFERENCES

ACSELRAD, Henri; PINTO, Raquel Giffoni. A gestão empresarial do "risco social" e a neutralização da crítica. *Revista Praia Vermelha*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 51-54, jul./dez., 2009.

BARBIERI, José Carlos; VASCONCELOS, Isabella Freitas Gouveia de; ANDREASSI, Tales; VASCONCELOS, Flávio Carvalho de. Inovação e sustentabilidade: novos modelos e proposições. *RAE*, São Paulo, v. 50, n. 2, p. 146-154, abr./ jun. 2010.

BARCELOS, Rebeca de Moraes Ribeiro de; DELLAGNELO, Eloise Helena Livramento. Responsabilidade social corporativa: uma discussão a respeito da epistemologia subjacente aos conceitos utilizados na área. In: XXXIV Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2010.

BOAVENTURA, João Maurício Gama; CARDOSO, Fernando Rodrigues; SILVA, Edison Simoni da; SILVA, Ralph Santos da; DONAIRE, Denis. Teoria dos stakeholders e teoria da firma: um estudo sobre a hierarquização das funções-objetivo em empresas brasileiras. In: ENCONTRO DA ANPAD, 32., Rio de Janeiro/RJ, 6 a 10 de setembro de 2008.

CARREIRA, Fernanda Cassab. Sustentabilidade: é possível gerir essa mudança? In: XXXV Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2011.

CARROLL, Archie B. A three-dimensional conceptual model of corporate performance. *The Academy of Management Review*, vol. 4, n. 4, p. 497-505, Oct. 1979.

COELHO, Ana Lúcia de Araújo Lima; GODOI, Christiane Kleinübing. Coerência entre o discurso institucional e o discurso midiático sobre a sustentabilidade. In: XXXIV Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2010.

DEMIL, Benoît; LECOCQ, Xavier. Business model evolution: in search of dynamic consistency. In: *Long Range Planning*, vol. 43, p. 227-246, 2010.

DIAS, Edson Aparecido; BARROS, Lucas Ayres. Sustentabilidade ambiental e retorno ao acionista: um estudo sobre o ISE. In: ENCONTRO DA ANPAD, 32, Rio de Janeiro/RJ, 6 a 10 de set. 2008.

DONALDSON, Thomas; PRESTON, Lee E. The stakeholder theory of the corporation: concepts, evidence and implications. *The Academy of*

Management Review, vol. 20, n. 1, p. 65-91, Jan. 1995. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/258887> >. Acesso: 19 fev. 2014.

FALCÃO, Mariana Cavalcanti; GÓMEZ, Carla Regina Pasa. A dimensão social da sustentabilidade do destino turístico de Fernando de Noronha, Pernambuco - Brasil. In: XXXVI Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2012.

FENKER, Eloy Antônio. Estratégias de sustentabilidade: novos rumos? In: XXXVI Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2012.

FILHO, José Milton de Sousa; PEREIRA, Josiane de Andrade; BARBIERI, José Carlos. Responsabilidade social e filantropia estratégica: uma análise dos relatórios de sustentabilidade de empresas brasileiras. In: XXXV Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2011.

FONTRDONA, Joan; SISON, Alejo José G. The Nature of the Firm, Agency Theory and Shareholder Theory: A Critique from Philosophical Anthropology. Journal of Business Ethics, vol. 66, n. 1, p. 33-42, 2006.

FREEMAN, R. Edward. A stakeholder theory of the modern corporation. In: HARTMAN, L. P. (ed.). Perspectives in business ethics. Boston, MA: McGraw-Hill, 2002. p. 171-181.

FREEMAN, R. Edward; REED, David L. Stockholders and stakeholders: a new perspective on corporate governance. California Management Review, vol. XXV, n. 3, p. 88-106, Spring 1983.

FREEMAN, R. Edward; WICKS, Andrew C.; PARMAR, Bidhan. Stakeholder theory and “The Corporate Objective Revisited”. Organization Science, vol. 15, n. 3, p. 364-369, May/June 2004.

FREIRE, Robson; SANTOS, Sônia Regina Oliveira; SOUZA, Maria José Barbosa de; ROSSETTO, Carlos Ricardo. Responsabilidade social corporativa: evolução da produção científica. In: IV Congresso Nacional de Excelência em Gestão, Rio de Janeiro, ago. 2008.

HILLMAN, Amy J.; KEIM, Gerald D. Shareholder value, stakeholder



management, and social issues: what's the bottom line? *Strategic Management Journal*, John Wiley & Sons, vol. 22, n. 2, p. 125-139, Feb. 2001. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/3094310?sid=21105121879161&uid=4&uid=70&uid=3737664&uid=2134&uid=2>> Acesso em: 20 abr. 2010.

HOFF, Débora Nayar; PEDROZO, Eugênio Ávila. Caminhando para o desenvolvimento sustentável: avaliação do posicionamento de uma das unidades da Klabin S.A. In: XXXIII Encontro da ANPAD, São Paulo, set. 2009.

KASSAI, José Roberto; HA, Helisa; CARVALHO, L. Nelson. Diálogo IFRS e GRI para o desenvolvimento sustentável. In: XXXV Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2011.

LAMEIRA, Valdir de Jesus; JUNIOR, Walter Lee Ness; QUELHAS, Osvaldo Luis Gonçalves; PEREIRA, Roberto Guimarães. Sustentabilidade tem valor? Uma investigação no mercado de capitais brasileiro. In: XXXVI Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2012.

LEAL, Susana Cristina Henriques; REGO, José Arménio Belo da Silva. Reformulando a dimensionalidade do constructo de responsabilidade social das empresas. In: XXXIV Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2010.

MARCONATTO, Diego Antônio Bittencourt. O desenvolvimento sustentável e as teorias da firma: dois mundos diferentes? In: XXXIV Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2010.

MELO, Paulo Thiago N. B de; SALLES, Helena Kuerten de; DELLAGNELO, Eloise Helena Livramento. Quadro institucional para o desenvolvimento sustentável: o papel dos países em desenvolvimento a partir da análise crítica do discurso da Rio +20. In: XXXVI Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2012.

MORETTI, Sérgio Luiz do Amaral; CAMPANÁRIO, Milton de Abreu. Para sair da zona de conforto: análise bibliométrica dos artigos sobre responsabilidade social empresarial – RSE na em ANPAD. In: XXXII

Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2008.

MOTA, Ana Elizabete; SILVA, Maria das Graças e. A questão ambiental e o contraditório discurso da sustentabilidade. Revista Praia Vermelha, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 37- 50, jul./ dez. 2009.

MUNCK, Luciano; MUNCK, Mariana Musetti; SOUZA, Rafael Borim de. Sustentabilidade organizacional: a proposição de uma framework representativa do agir competente para seu acontecimento. In: ENCONTRO DA ANPAD, 35., Rio de Janeiro/RJ, 4 a 7 de setembro de 2011.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. Revista de Estudos Avançados, 26 (74), p. 51 – 64, 2012.

NASCIMENTO, Luis Felipe. O insustentável sustentável. In: XXXII Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2008.

NOVAES, Marcos Bidart Carneiro de; BRUNSTEIN, Janette. Paradoxos e contradições no desenvolvimento de competências para a sustentabilidade: uma investigação em cooperação com gestores. In: XXXVI Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2012.

NUNES, Julyana Goldner; TEIXEIRA, Aridélmo J. C.; NOSSA, Valcemiro. Análise das variáveis que influenciam a adesão das empresas ao Índice Bovespa de Sustentabilidade Ambiental. In: XXXIII Encontro da ANPAD, São Paulo, set. 2009.

PADILHA, Livia Garcez de Oliveira; FILHO, Jorge Renato de Souza Verschoore. Redes sociais para o desenvolvimento sustentável local: uma análise qualitativa e quantitativa de sua governança. In: XXXVI Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2012.

PEREIRA, Liandra; FENDRICH, Lisandro José. Políticas e práticas de responsabilidade social corporativa em empresas do interior de Santa Catarina e do Paraná. In: ENCONTRO DA ANPAD, 33., São Paulo/SP, 19 a 23 de setembro de 2009.

PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. The competitive advantage of corporate philanthropy. *Harvard Business Review*, p. 5 – 16, dez. 2002.

PORTER, Michael E.; LINDE, Class van der. Green and competitive: ending the stalemate. *Harvard Business Review*, vol. 73, n. 5, p. 119-134, Sep./Oct. 1995. Disponível em: <[http://www.uvm.edu/~gflomenh/ENRG-POL-PA395/readings/Porter\\_Linde.pdf](http://www.uvm.edu/~gflomenh/ENRG-POL-PA395/readings/Porter_Linde.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2014.

PORTER, M. E.; KRAMER, M. Strategy and society: the link between competitive advantage and corporate social responsibility. *Harvard Business Review*, Dec. 2006. Disponível em: <<https://hbr.org/2006/12/strategy-and-society-the-link-between-competitive-advantage-and-corporate-social-responsibility>>. Acesso em: 4 maio 2013.

SHANKMAN, Neil A. Reframing the debate between agency and stakeholder theories of the firm. *Journal of Business Ethics*, n. 19, p. 319 - 334, 1999.

SILVA, Sabrina Soares da; REIS, Ricardo Pereira. Sustentabilidade nos discursos organizacionais: uma luz no fim do túnel ou perfumaria? In: XXXV Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2011.

SOUZA, Maria Tereza Saraiva de; RIBEIRO, Henrique César Melo; JÚNIOR, Celso Machado; CORRÊA, Rosany. Perfil e evolução da pesquisa em sustentabilidade ambiental: uma análise bibliométrica. In: XXXV Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2011.

VELLANI, Cássio Luiz; ALBUQUERQUE, Andrei Aparecido de; CHAVES, Eduardo de Paula e Silva. Uma tentativa de mensuração da relação entre valor de mercado e sustentabilidade empresarial nas ações listadas no ISE da Bovespa. In: XXXIII Encontro da ANPAD, São Paulo, set. 2009.

WELZEL, Evelize; LUNA, Mônica Maria Mendes; BONIN, Maria Albertina Schmitz. Modelo da dinâmica interdisciplinar de responsabilidade social corporativa: contribuições conceituais e delimitação teórica. In: XXXII Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, set. 2008.

Artigo recebido em: 26/05/2017.

Artigo aceito em: 07/08/2017.

**Como citar este artigo (ABNT):**

GARBACCIO, Grace Ladeira; KROLIK, Christophe; MACIEL, Ana Carolina de Moura. Balance Between Socio-Environmental Responsibility and Business Economic Efficiency. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 351-372, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1073>>. Acesso em: dia mês. ano.

---

# MEIO AMBIENTE URBANO NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL EUROPEIA

---

## Marcelo Dias Varella

Doutor em Direito pela Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne, PARIS 1, França.  
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).  
Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).  
E-mail: marcelodvarella@gmail.com

---

## Mariane Morato Stival

Doutoranda em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)  
Mestre em Direito e Políticas Públicas (UniCEUB)  
Professora e Pesquisadora do Curso de Direito do Centro  
Universitário de Anápolis (UniEVANGÉLICA)  
E-mail: marianemoratostival@hotmail.com

## RESUMO

Este artigo objetiva analisar o reconhecimento do direito ao meio ambiente urbano pela jurisprudência internacional europeia. A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) adotou o sofisticado método da interpretação evolutiva dinâmica e criou parâmetros para a construção do direito à qualidade de vida ambiental em suas decisões que envolvem problemas urbanos, desde a década de 90. O artigo busca apresentar a inovadora ampliação do alcance normativo da jurisprudência internacional europeia sobre a criação do direito à qualidade de vida ambiental urbana. Para o desenvolvimento do artigo em relação à metodologia, será apresentada a bibliografia, a legislação e a jurisprudência internacional específica sobre o assunto. Serão analisados os argumentos jurídicos desenvolvidos nas decisões ambientais da Corte Europeia, identificando-se as principais questões jurídicas levantadas e como são interpretados os casos sobre meio ambiente urbano. Diante da ampla e efetiva jurisprudência ambiental urbana europeia, entende-se que são possíveis interações normativas entre os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos com vistas

a contribuições da jurisprudência da CEDH para a criação de uma nova tipologia de jurisprudência ambiental urbana em outras cortes internacionais e nacionais.

**Palavras-chave:** Proteção ambiental urbana; Qualidade de vida; Direitos Humanos; Interpretação evolutiva.

*URBAN ENVIRONMENT IN EUROPEAN INTERNATIONAL  
JURISPRUDENCE*

**ABSTRACT**

*This paper aims to analyze the recognition of the right to the urban environment by european international jurisprudence. The European Court of Human Rights (ECHR) adopted the sophisticated method of dynamic evolutionary interpretation and created parameters for the construction of the right to environmental quality of life in its decisions involving urban problems, since the 1990s. The paper seeks to present the innovative extension of scope normative of the European international jurisprudence on the creation of the right to the urban environmental quality of life. For the development of the paper, about the methodology, will be presented the bibliography, the legislation and the specific international jurisprudence about the subject. The legal arguments developed in the environmental decisions of the European Court will be analyzed, identifying the main legal issues raised and how the cases about the urban environment are interpreted. In view of the wide and effective European urban environmental jurisprudence, it is understood that possible normative interactions between regional systems for the protection of human rights by contributing to ECHR jurisprudence for the creation of a new typology of urban environmental jurisprudence in other international and national Courts.*

**Keywords:** *Urban environmental protection; Quality of life; Human rights; Evolutionary interpretation.*

## INTRODUÇÃO

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) inovou ao criar o direito à qualidade de vida ambiental urbana, reconhecendo-o como norma de direito humano em sucessivos casos.<sup>1</sup> Mesmo sem um dispositivo ambiental expresso na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Corte desenvolveu o método da interpretação dinâmica e evolutiva da proteção ambiental, o qual insere o reconhecimento do meio ambiente urbano como direito humano nos casos em que a questão ambiental afeta os direitos fundamentais expressos nessa Convenção, como o direito à saúde, à vida privada e familiar, à propriedade privada e a outros direitos materiais e processuais.

A proteção ambiental relaciona-se com a proibição de ingerências no direito à vida privada e familiar, previsto no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Não existe um direito autônomo ao meio ambiente. Um dos pontos mais inovadores é a criação do direito à qualidade de vida do indivíduo diante de violações ambientais, o qual é reconhecido a partir de um ativismo judicial da CEDH, em uma atividade de interpretação do art. 8º da Convenção sobre o direito à vida privada e familiar.

O presente artigo apresentará as inovações da CEDH em relação à proteção do meio ambiente urbano, com a construção de um novo direito à qualidade de vida ambiental em sua jurisprudência. No aspecto metodológico, a escolha do direito à qualidade de vida ambiental urbana não ocorreu de forma aleatória, mas sim de forma consciente acerca de seu aspecto inovador, caracterizado na postura de buscar a construção de um artigo sobre um direito que não existe na Convenção Europeia, mas é construído pela Corte Europeia de Direitos Humanos por meio de uma interpretação evolutiva das decisões ambientais, a qual tem contribuído para a consolidação e efetividade das decisões ambientais nos países europeus.

Será feita a análise dos casos da CEDH a partir dos temas que se apresentam como direitos violados. A CEDH tem uma ampla e diversificada jurisprudência ambiental urbana, que vem sendo construída desde a década de 90. Não foram consideradas todas as decisões da CEDH sobre meio ambiente urbano. A escolha pautou-se na identificação das decisões que

---

1 A Corte confirmou este entendimento no julgamento do caso *López Ostra vs. Espanha*, entendendo que atividades poluidoras estavam causando danos ao meio ambiente, à saúde e à qualidade de vida da vítima e de seus familiares. Devem-se observar as normas urbanísticas com o objetivo de garantir um desenvolvimento urbano com boa qualidade de vida para as pessoas.

foram utilizadas sucessivamente pela Corte, até os casos em que houve o efetivo reconhecimento do direito à qualidade de vida ambiental, diante de problemas urbanos.

Inicialmente, será apresentada a forma de criação e de reconhecimento do direito ao meio ambiente urbano na jurisprudência internacional europeia; e, posteriormente, no segundo tópico do artigo, será feita a análise dos sucessivos casos ambientais urbanos julgados pela CEDH como: *Bistrovic vs. Croácia*, *Budayeva vs. Rússia*, *Fredin vs. Suécia*, *Nima Kapsali vs. Grécia*, *Hamer vs. Bélgica*, *Depalle vs. França*, *Arrondelle vs. Reino Unido*, *Powell e Rayner vs. Reino Unido*, *López Ostra vs. Espanha*, *Guerra e outros vs. Itália*, *Moreno Gómez vs. Espanha*, *Fadeyeva vs. Rússia*, *Grimkovskaya vs. Ucrânia*, *Ledyayeva e outros vs. Rússia* e *Oneryildiz vs. Turquia*. Serão apresentados os principais aspectos jurídicos das decisões desses casos, que contribuíram para a criação do direito à qualidade de vida ambiental urbana.

## **1 CONCEITO DE QUALIDADE DE VIDA AMBIENTAL URBANA NA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EUROPEIA**

A jurisprudência da CEDH, a partir de uma interpretação evolutiva dinâmica, reconhece o direito à qualidade de vida ambiental em casos de violação dos direitos à vida privada e familiar, à saúde, à propriedade, assim como de violação de direitos processuais em problemas ambientais urbanos, como os direitos à informação, ao acesso à Justiça, ao recurso efetivo, ao julgamento justo e às garantias judiciais, condenando os Estados que integram o sistema europeu por denegação de qualidade de vida ambiental.

Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos são inspirados nos valores e princípios da Declaração Universal de 1948 e integram o universo de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Diante dessa complexidade de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu a violação de seu direito a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos podem interagir em benefício dos indivíduos protegidos (DELMAS-MARTY, 2003).



A Corte Europeia demonstra, de forma expressa, seu respeito por questões ecológicas em diversos contextos, concedendo atenção especial aos casos de atividades que causam danos ao meio ambiente. Essa relevância alçada pelo sistema europeu ressalta a preocupação com outros valores da sociedade e sintetiza um reflexo de que a CEDH não tem ignorado o fato de que a sociedade, de uma forma geral, tem intensificado sua preocupação na preservação do meio ambiente e do direito à boa qualidade de vida (VARELLA, 2013).

Com o surgimento de ações internacionais relacionadas a problemas ambientais urbanos, a CEDH desenvolveu um sofisticado método de interpretação evolutiva, em que, mediante a conexão do direito à vida privada e familiar, à saúde e à proibição de tratamentos desumanos e degradantes, criou um direito à qualidade de vida ambiental a partir de problemas urbanos, em uma visível atividade de criação judicial do direito. A jurisprudência ambiental do sistema europeu abrange uma diversidade de temas ambientais urbanos, que variam desde graves problemas de poluição até casos que envolvem altos ruídos de aeroportos (MAROCHINI, 2014).

A CEDH considera as particularidades locais e que os Estados apresentam melhores condições de solucionar determinados litígios relacionados a problemas ambientais urbanos. Considerando o caráter dinâmico das questões urbanísticas, as normas ambientais podem sofrer entraves para sua legitimação no contexto urbano. Trata-se de um critério que vem sendo utilizado pela CEDH, para garantir uma maior aceitação e efetividade das decisões ambientais e a implementação de políticas pelos Estados condenados (LEWIS, 2002, p.03).

No âmbito da proteção ambiental, a Corte evoluiu no sentido de ter que construir novos conceitos para abranger e fundamentar casos de violação do meio ambiente, especialmente no contexto urbano. Durante este estudo da jurisprudência internacional da CEDH, é possível observar a interpretação evolutiva dinâmica, em que a Corte, por meio de uma conexão com outros direitos, criou um direito à qualidade de vida ambiental. A partir da decisão de um caso ambiental, a Corte, ao longo do tempo, construiu outras decisões ambientais mais sofisticadas nos casos subsequentes, citando as decisões anteriores como referência nos argumentos. A criação do direito ocorre de forma evolutiva.

Um dos pontos em comum dos casos julgados pela CEDH e relacionados a questões ambientais é que os danos atingem a saúde e a qualidade de vida das vítimas. Trata-se de problemas com características

que se originam das próprias atividades ambientais lesivas. Assim, na maioria dos casos, uma cláusula geral ambiental em relação à proteção dos direitos das pessoas, no contexto europeu, está implícita no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que trata do direito à vida privada e familiar com qualidade (KAYSER,<sup>1991</sup>).

Há uma conexão entre o direito à vida privada e familiar, à saúde e à proibição de tratamentos desumanos e degradantes, os quais são interpretados pela CEDH de uma forma evolutiva e dinâmica para a criação do direito específico à qualidade de vida ambiental, em seus diversos contextos, abrangendo o meio ambiente urbano. Houve a criação da jurisprudência que inseriu esse direito no contexto europeu, reconhecendo-o como norma internacional de direito humano.

Na proteção desse direito, juntamente com direito à saúde e à qualidade de vida, surge o conceito de qualidade de vida ambiental. Certamente, é de grande complexidade obter uma definição precisa desse direito, considerando sua subjetividade e a intensa atividade de interpretação da CEDH em sua construção. Na decisão do caso *López Ostra vs. Espanha*, é possível observar a posição da Corte sobre o alcance normativo desse direito.

Neste caso, a Corte Europeia admitiu a violação do art. 3º da Convenção, considerando as graves consequências na interferência do meio ambiente urbano, com a intensidade do cheiro, do barulho e da emissão de gases nocivos e poluidores que estavam causando danos à saúde da requerente e de sua família, pois havia sido instalada uma usina de resíduos sólidos nas proximidades de sua residência.

A Corte decidiu que a qualidade de vida ambiental é uma característica subjetiva de imprecisa conceituação. O reconhecimento de um direito subjetivo, com características difusas concedeu a esse tribunal uma margem de discricionariedade interessante, que pode eximir a requerente de demonstrar completamente as lesões à sua saúde. Trata-se de uma grande novidade: a proteção ambiental da saúde, do bem-estar e da qualidade de vida. O direito à saúde e ao bem-estar seriam macroconceitos, e um nível de qualidade de vida ambiental é suscetível de tutela jurídica diante de violações de direitos fundamentais. (CEDH, 1994).

É importante destacar que a jurisprudência ambiental da Corte Europeia criou o direito subjetivo ao meio ambiente, mesmo com algumas dificuldades de natureza interpretativa. Com as amplas possibilidades de conexão do direito ao meio ambiente com outros direitos humanos, é

possível verificar a existência uma proteção substantiva e uma proteção que envolve direitos procedimentais. A inovação da CEDH em relação ao meio ambiente é a criação do direito à qualidade de vida ambiental, o qual é resultado de uma atividade de interpretação de direitos materiais como a saúde, a propriedade privada, o direito à vida privada e familiar, o direito à informação e ao processo equitativo, todos previstos de forma expressa na Convenção Europeia.

## **2 INOVAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CEDH SOBRE MEIO AMBIENTE URBANO**

Sobre a incidência do art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos no direito ao meio ambiente urbano, observa-se que a importância desse direito se deve à convergência da doutrina das obrigações positivas com a interpretação dinâmica do conceito de vida privada e familiar. Essa interpretação evolutiva abrange outros bens jurídicos, compreendendo o direito à saúde e à qualidade de vida. Logo, níveis mínimos desses direitos são suscetíveis de tutela jurídica, mesmo que individual, por interferências de terceiros, conforme a jurisprudência da CEDH (JARVIS, 1999).

Uma importante evolução da jurisprudência ambiental urbana da Corte ocorreu na decisão *Powell e Rayner vs. Reino Unido*. Este foi o primeiro caso em que a CEDH se pronunciou sobre meio ambiente e qualidade de vida, em 21 de fevereiro de 1990. O caso se refere aos altos ruídos (poluição sonora) produzidos pelo Aeroporto de Heathrow, em Londres, que causaram danos aos requerentes. É importante mencionar que a CEDH examinou este caso na perspectiva do art. 8º da Convenção. A CEDH reconheceu que o desenvolvimento urbano pode, em determinadas situações, apresentar-se como violação do direito à boa qualidade de vida das pessoas (BAQUER, 2005).

Em sua decisão, a CEDH destacou que

Deve haver uma obrigação positiva do poder público em proteger a vida privada dos demandantes. Logo, mesmo com as medidas tomadas pelas autoridades visando diminuir os efeitos dos ruídos, assim como a importância do aeroporto de Heathrow e a complexidade das decisões normativas sobre a matéria, a CEDH concluiu que o Estado não havia utilizado todos os seus meios de atuação e que este caso violava o artigo 8º da Convenção Europeia. A Corte encerrou sua decisão concluindo que as vítimas estavam sofrendo danos com os altos níveis de distúrbios sonoros do aeroporto (CEDH, 1990, § 45).

Nos casos submetidos à CEDH e relacionados ao direito ao meio ambiente urbano, observa-se que as principais questões jurídicas dos casos se apresentam de três maneiras diferentes. Em primeiro lugar, direitos humanos protegidos pela Convenção Europeia podem ser diretamente afetados por fatores ambientais, como cheiros tóxicos de uma fábrica ou disposição irregular do lixo, causando um impacto negativo sobre a vida e a saúde dos indivíduos (PAVONI, 2015).

Em um segundo contexto, fatores como a instalação de empreendimentos que causam impactos no meio ambiente podem dar origem a certos direitos processuais para o indivíduo, como o direito de informação, de participação nos processos e de acesso à Justiça, envolvendo casos ambientais. Por fim, a proteção do meio ambiente apresenta-se como um objetivo legítimo, que justificaria a interferência em certos direitos humanos como a restrição do direito de propriedade (PAVONI, 2015).

Nos casos a serem apresentados a seguir, é possível identificar que os problemas de natureza ambiental, no âmbito da CEDH, afetam o direito de propriedade, previsto no art. 1º do Protocolo 1 à Convenção Europeia, o direito à vida, previsto no art. 2º, o direito à vida privada e familiar, previsto no art. 8º, o direito a um julgamento justo e o acesso à justiça previstos no art. 6º, todos da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

## **2.1 O direito à propriedade privada como direito ao meio ambiente urbano**

Nos casos de violações do direito à boa qualidade de vida e ao meio ambiente sadio, um tema levantado como questão jurídica nos casos é o direito à propriedade privada, o qual está previsto no art. 1º do Protocolo 1 à Convenção Europeia. Trata-se do direito de desfrutar da propriedade de forma pacífica, sendo possível incluir uma carga ecológica a esse direito.

O direito à propriedade privada não garante, de forma ampla, o direito de desfrutar da propriedade em um meio ambiente sadio. A Corte Europeia já decidiu que não basta uma simples perturbação das condições de desfrutar desse direito, sendo preciso constatar uma diminuição do valor econômico da propriedade privada. Trata-se de uma interpretação restrita desse direito. Pela análise da jurisprudência se observa, na realidade, uma consequência lógica de natureza econômica do direito de propriedade formada por um conjunto de situações jurídicas de natureza patrimonial (SHERLOCK, 2000).

No âmbito da jurisprudência da CEDH, é escassa a conexão do direito de propriedade com assuntos relacionados ao meio ambiente, ao contrário do sistema interamericano de direitos humanos. Em relação ao direito de propriedade, a CEDH relaciona o dano ambiental com a comprovação de diminuição do valor econômico do bem. Um caso interessante sobre meio ambiente e direito de propriedade é o caso *Bistrovic vs. Croácia*.

Neste caso, os requerentes possuíam uma casa e um terreno em Gojanec, na Croácia. A empresa pública Croata Roads requereu a expropriação de uma parte do terreno dos requerentes para a construção de uma estrada. Os requerentes opuseram-se a esta proposta, solicitando que sua propriedade fosse expropriada em sua totalidade. Os requerentes alegaram que a desapropriação parcial deixaria o imóvel sem utilidade, uma vez que a casa e as terras agrícolas representavam uma unidade inseparável. Alegaram que, na qualidade de agricultores, os requerentes não podiam utilizar sua propriedade sem acesso aos tratores e aos outros veículos utilizados na atividade agrícola, e a expropriação parcial impediria esse acesso (CEDH, 2007).

Além disso, segundo constava no projeto, a estrada passaria a, aproximadamente, 25m (vinte e cinco metros) da propriedade e causaria uma considerável poluição sonora, devido à elevada frequência de tráfego. Os requerentes salientaram que a construção de paredes de proteção contra o ruído prejudicaria o aspecto visual de sua casa, sem protegê-los, de forma eficaz, do ruído e da poluição (CEDH, 2007).

Outro problema referia-se à desvalorização do bem, pois, com a expropriação parcial, o valor da propriedade remanescente diminuiria consideravelmente, uma vez que a construção da estrada privaria os requerentes da boa condição de vida que gozavam, como o acesso direto à estrada, um ambiente agradável, um enorme pátio e uma baixa exposição ao ruído.

A CEDH seguiu sua linha de interpretação sobre o direito de propriedade em questões ambientais, reconhecendo que o caso se referia a uma perda efetiva de cunho econômico, e o poder público deveria adotar medidas de proteção. A CEDH decidiu que, diante de um caso de expropriação pelo Estado que trará um impacto negativo ao meio ambiente, deve haver uma valoração do referido impacto sobre o valor dos bens, para que se possa fixar uma justa indenização (CEDH, 2007).

A questão torna-se mais complexa quando a CEDH vincula a

responsabilidade do poder público a uma obrigação de proteção. É possível verificar essa relação na comparação dos casos *Oneryldiz vs. Turquia* e *Budayeva vs. Rússia*. No primeiro caso, que se refere a graves danos causados em razão de uma explosão de gás metano no depósito de lixo de Umraniye, a CEDH reconheceu a violação do direito de propriedade, tendo em vista que as consequências foram comprovadas pelas graves negligências imputáveis ao Estado e pela perda de vidas, em razão do soterramento da residência do requerente (DOTHAN, 2011).

A Corte, neste caso, decidiu que a lesão não se deu em razão da ingerência do Estado, mas sim do descumprimento de uma obrigação positiva, pois as autoridades não fizeram todo o possível para proteger os interesses de cunho patrimonial das vítimas. Logo, afirmou que a obrigação positiva prevista no art. 1º do Protocolo 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos determina que as autoridades devem adotar medidas de precauções efetivas para impedir a destruição da propriedade dos requerentes (CEDH, 2004).

No caso *Budayeva vs. Rússia*, o qual se refere a um deslizamento de lodo de rios, também considerado trágico, a CEDH reconheceu a violação de direito de propriedade, mesmo que a origem do fato não se encontrasse em uma atividade humana. Reiterando a decisão do caso *Oneryldiz vs. Turquia*, a CEDH considerou que o efetivo exercício do direito de propriedade não dependia unicamente de uma obrigação do Estado de não interferir, mas também da adoção de medidas positivas de proteção (CEDH, 2008).

A CEDH argumentou que, em ações advindas de atividades humanas, a obrigação de proteção da propriedade é análoga à proteção do direito à vida, mas deve haver uma maior flexibilidade nos casos de desastres naturais. No caso em análise, mesmo tratando-se de desastre natural, houve uma compensação indenizatória. Ocorre que a CEDH, partindo de seu entendimento de que deve haver uma flexibilização em casos de desastres naturais, decidiu que a obrigação positiva do Estado em proteger a propriedade privada não pode ser interpretada no sentido de obrigar o Estado a indenizar totalmente o valor de mercado das propriedades destruídas. Verifica-se que a CEDH realizou um juízo de equidade sobre a questão da indenização.

Para a CEDH, as restrições por parte das autoridades públicas sobre o direito do indivíduo em sua propriedade devem ter um objetivo legítimo, que pode ser a proteção do meio ambiente. As medidas tomadas em busca de um objetivo legítimo devem estar em conformidade com a lei, que deve

ser acessível e ter seus efeitos previsíveis. As medidas tomadas devem ser proporcionais ao objetivo pretendido, ou seja, um justo equilíbrio deve ser atingido entre os interesses individuais e coletivos (DOTHAN, 2011).

Nesse aspecto, a CEDH já reconheceu que a justiça local de cada país está em uma posição melhor do que a Corte para julgar como equilibrar os diferentes níveis de interesses em cada caso. A CEDH concede ao Estado uma margem nacional de apreciação, objetivando garantir uma maior liberdade aos Estados na decisão de casos que envolvem políticas de planejamento local e de conservação do meio ambiente. Assim, sua interferência na proteção do direito de propriedade limita-se aos casos em que a ingerência nos direitos individuais seja desproporcional (SPIELMAN, 2012).

Na decisão do caso *Fredin vs. Suécia*, a CEDH considerou que a restrição ao uso da propriedade foi justificada em benefício do direito coletivo ao meio ambiente. Este caso se refere à revogação de uma licença para operar um poço de cascalho situado em um terreno do requerente, com base na Lei de Conservação da Natureza. A CEDH considerou que a revogação da licença causou ao requerente considerável perda, mas não houve violação do direito de propriedade. A decisão apresentou uma base jurídica que garantia o interesse coletivo na proteção do meio ambiente (CEDH, 1991).

A Corte argumentou que o requerente estava ciente da possibilidade que as autoridades tinham de revogar sua licença. A decisão destacou que a revogação da licença do requerente de usar sua propriedade não era desproporcional ao objetivo legítimo dessa revogação - qual seja, a proteção do meio ambiente -, concluindo que não houve violação do direito de propriedade previsto no art. 1º do Protocolo 1 da Convenção Europeia.

Na decisão do caso *Nima Kapsali vs. Grécia*, a CEDH considerou que, em questões relacionadas a planejamento urbano e meio ambiente, a avaliação das autoridades nacionais deve prevalecer, a menos que não sejam razoáveis. Neste caso, foi revogada pelas autoridades administrativas locais uma licença de construção em uma área ambiental. Foi feita pelo poder público uma sequência de análises aprofundadas de todos os aspectos dos problemas ambientais, em razão das atividades de construção; e ficou demonstrado que não houve indicação alguma de que a decisão de revogação da licença havia sido arbitrária ou ilegal. A Corte Europeia considerou que a revogação da licença de exploração da área não era desproporcional em relação ao objetivo de proteção do meio ambiente e, como resultado,



concluiu que o pedido deveria ser julgado improcedente (CEDH, 2004).

O caso *Hamer vs. Bélgica* refere-se à demolição de uma casa de férias construída em 1967 pelos pais do requerente, sem a devida licença de construção. Em 1994, o poder público elaborou dois relatórios: um, relativo ao corte de árvores na propriedade como forma de violação das normas florestais; e o outro, sobre a construção da casa em uma área florestal, sem licença. O requerente alegou violação do direito de propriedade; entretanto, a CEDH decidiu que as autoridades tinham interferido no direito do requerente a respeito de sua propriedade, mas que houve uma justificativa legítima, qual seja, a proteção do meio ambiente na área em questão (CEDH, 2007).

Quanto à proporcionalidade da medida impugnada, a Corte ponderou que o meio ambiente é um bem cuja proteção deve ser uma questão de preocupação constante para a coletividade. Imperativos econômicos e até mesmo alguns direitos fundamentais, como o direito de propriedade, não devem ter prioridade sobre a proteção do ambiente, especialmente se o Estado havia observado a legislação sobre o assunto. Como resultado, a Corte decidiu que as restrições ao direito de propriedade podem ser permitidas, desde que um justo equilíbrio seja considerado entre os interesses individuais e coletivos (DOTHAN, 2011).

No mesmo sentido foi o julgamento do caso *Depalle vs. França*. Este caso se refere a uma ordem para os requerentes demolirem suas casas, que haviam sido construídas à beira-mar, em uma área de propriedade pública marítima onde não havia direitos formais de propriedade ou direito de ocupação temporária (CEDH, 2010).

Os proprietários possuíam apenas decisões judiciais antigas, que os autorizavam a ocupar esta área na costa, mas não conferiam qualquer direito de propriedade. As autoridades locais condenaram os demandantes a restaurar o local de acordo com seu estado original, demolindo as construções sobre a propriedade pública e sem direito a nenhuma indenização. A decisão foi tomada no contexto da implementação de políticas públicas de proteção do meio ambiente.

O papel da CEDH no julgamento desse caso era de garantir que um justo equilíbrio fosse alcançado entre as exigências do interesse geral da comunidade (proteção ambiental e acesso gratuito à costa) e as do interesse dos demandantes, que pretendiam manter seu direito de propriedade. A CEDH reconheceu que o Estado teve um amplo poder de apreciação em suas decisões em relação ao planejamento regional e às políticas de conservação



ambiental em que o interesse geral da comunidade foi prioritário.

A CEDH considerou que os requerentes sempre tiveram ciência de que as autorizações de ocupação da propriedade eram precárias e revogáveis. Assim, a Corte decidiu que não houve violação do direito de propriedade previsto no art. 1º do Protocolo 1 da Convenção Europeia.

Pela análise da jurisprudência da CEDH sobre o direito de propriedade, pode-se constatar que, nos termos do art. 1º do Protocolo n. 1 da mencionada Convenção, os indivíduos têm direito ao gozo pacífico dos seus bens, incluindo-se a proteção contra a privação ilegal de sua propriedade. Esse dispositivo também reconhece que as autoridades públicas têm o direito de controlar o uso da propriedade de acordo com o interesse da coletividade. É possível identificar que as decisões da CEDH se têm consolidado sob o argumento de que o meio ambiente é uma consideração cada vez mais importante e prioritária.

Observa-se que o interesse coletivo na proteção do meio ambiente urbano pode justificar determinadas restrições por parte das autoridades públicas sobre o direito individual ao uso pacífico da propriedade. Essas restrições devem ser legais e proporcionais ao objetivo legítimo almejado. As autoridades públicas desfrutam de uma ampla margem de apreciação para decidir sobre a escolha dos meios mais adequados e para verificar se as consequências da execução são justificadas pelo interesse coletivo. As medidas praticadas pelo poder público devem ser proporcionais, devendo haver um justo equilíbrio entre os interesses envolvidos (DOTHAN, 2011).

A proteção do direito à propriedade privada pode exigir das autoridades públicas o cumprimento de normas ambientais. O exercício efetivo desse direito não depende apenas do dever das autoridades públicas de não interferir, mas pode obrigar o Estado a tomar medidas positivas para proteger esse direito. A CEDH, nos julgamentos dos casos, constatou que essa obrigação positiva pode surgir em relação a atividades perigosas e, em menor proporção, em situações de desastres naturais.

## **2.2 A proteção da vida privada e familiar como direito ao meio ambiente urbano**

O direito à vida é expressamente regulamentado pela Convenção

Europeia de Direitos Humanos, em seu art. 2º. Trata-se de um direito que não obriga apenas o poder público de abster-se de causar a morte de forma voluntária, mas também de adotar obrigações positivas no sentido de garantir medidas necessárias e efetivas para a proteção da vida das pessoas em seu território. Estabelecendo uma conexão entre o direito à vida e o direito ao meio ambiente, a Corte reconhece que essa obrigação estatal abrange o contexto de toda atividade pública que cause riscos ao direito à vida, incluindo-se as de natureza industrial e as que são perigosas por natureza.

Para Kant, o valor da vida tem como elemento fundamental a dignidade da pessoa, pois os seres racionais apenas são chamados de pessoas porque sua natureza os distingue como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser utilizado apenas como meio. Todo ser humano é detentor de dignidade. Trata-se de um valor que não tolera equivalências. A vida e a dignidade de uma pessoa são inegociáveis (KANT, 2008).

Na conexão entre o direito ao meio ambiente e o direito à boa qualidade de vida, a previsão com maior alcance normativo da Convenção Europeia de Direitos Humanos é o direito ao respeito à vida privada e familiar, previsto em seu art. 8º. A CEDH declara, em sua jurisprudência ambiental, que esse dispositivo prevê uma abrangente proteção contra emissões nocivas. Trata-se de um artigo que permite uma ampla interpretação, considerando que é utilizado pela CEDH para fundamentar decisões sobre proteção familiar, eutanásia e casos de violação do direito à privacidade.

Para a Corte, o art. 8º abrange o meio ambiente a partir da confluência da doutrina de obrigações positivas, com uma interpretação dinâmica do conceito de vida privada e familiar. Essa interpretação evolutiva resulta na subsunção ao abrigo dessa disposição de dois bens jurídicos não compreendidos de forma expressa no artigo: saúde e qualidade de vida. (YARZA, 2012)

O art. 8º da CEDH, por meio do princípio da interpretação evolutiva, permite que esse direito se apresente como um verdadeiro catalisador da proteção ambiental na jurisprudência internacional europeia. A relação entre a proteção ambiental e o art. 8º da Convenção não é recente, sendo possível encontrar algumas decisões da extinta Comissão Europeia, no início dos anos 80. Entretanto, a relação do art. 8º com a proteção ambiental era incipiente e, na década de 90 houve uma evolução da jurisprudência da Corte, que constrói suas decisões com um amplo

alcance normativo nos casos sobre meio ambiente urbano.

A relação entre danos ambientais e a proteção da vida teve início no julgamento do caso *Arrondelle vs. Reino Unido*, em outubro de 1980. Neste caso, a moradia da requerente se tornou inabitável em razão da poluição sonora do Aeroporto de Gatwick, em Londres. Diante da ausência de ações efetivas por parte das autoridades públicas, a extinta Comissão reconheceu a violação do direito à vida privada. Neste caso houve uma solução amistosa, e o caso não foi submetido a julgamento pela Corte Europeia (CEDH, 1980).

O primeiro caso em que a CEDH se pronunciou sobre a qualidade de vida ambiental, em fevereiro de 1990, foi na decisão de *Powell e Rayner vs. Reino Unido*. Este caso, que também se refere a problemas relacionados à poluição sonora no Aeroporto de Heathrow. Neste caso, havia uma Lei de Aviação Civil, de 1982, que excluía, em seu art. 76, a responsabilidade dos empresários de aeronaves em caso de ruídos. Logo, os requerentes não dispunham de um recurso no direito interno que permitisse requerer uma indenização pelos danos causados. A importância deste caso está no fato de que a Corte Europeia reconheceu a relação entre o bem jurídico - previsto no art. 8º da Convenção Europeia - e o direito à qualidade de vida dos requerentes, por problemas ambientais urbanos (CEDH, 1990).

A CEDH reconheceu que existia uma obrigação positiva do poder público em proteger a vida privada dos requerentes. Mesmo com as providências adotadas pelo governo para diminuir os efeitos dos ruídos, e não obstante a importância do Aeroporto de Heathrow e a complexidade das decisões normativas sobre a matéria, a CEDH concluiu que o Estado não havia utilizado todos os seus meios de solução do problema e que este caso violava o art. 8º da Convenção Europeia.

Um caso importante em que se observa a interpretação evolutiva da CEDH foi no julgamento de *López Ostra vs. Espanha*. A relação entre o direito à vida privada e o meio ambiente urbano deixou de ser hipotético, e os argumentos da decisão foram construídos de forma fundamentada pela Corte, em uma constatação de uma efetiva violação do art. 8º da Convenção. Para a construção da decisão deste caso, a Corte utilizou o precedente do caso *Powell e Rayner vs. Reino Unido*.

O caso refere-se a um dano ambiental ocorrido na cidade de Lorca, onde uma usina de tratamento de resíduos sólidos que funcionava sem licença do poder público causou o vazamento de poluentes, afetando a saúde da população da região. Houve omissão do poder público no caso e,

assim, a requerente recorreu à Corte Europeia, argumentando que a emissão de poluentes na região estava violando seu direito à boa qualidade de vida, assim como seu direito de não ser submetida a tratamentos desumanos e degradantes (CEDH, 1994).

Neste caso, a CEDH considerou que, embora o poder público não fosse o responsável direto pelo dano causado, permitiu a construção de uma fábrica em uma área imprópria, assim como subsidiou a construção das instalações. A Corte Europeia decidiu que, mesmo que as leis e regulamentos internos tivessem sido cumpridos pelo Estado, o que deve ser determinado é se o Estado tomou todas as medidas necessárias para garantir o direito da vítima à sua sadia vida familiar.

O caso López Ostra foi fundamentado no art. 8º da Convenção Europeia, que prevê o direito à vida privada e familiar, e no art. 3º da mesma Convenção, que garante o direito da requerente de não ser submetida a tratamento cruel e degradante, considerando que a intensidade do cheiro, do barulho e da emissão de gases poluidores causaram danos à saúde da vítima (CEDH, 1994).

A CEDH analisou a relação entre o meio ambiente urbano, a qualidade de vida e o art. 8º da Convenção com muita clareza, destacando os princípios aplicáveis às obrigações positivas do poder público na proteção ambiental e na garantia do direito à qualidade de vida e de saúde da requerente. Concluiu que as autoridades públicas não atuaram com a devida diligência e, assim, o direito previsto no art. 8º havia sido violado.

A sentença do caso López Ostra foi utilizada no julgamento do caso Guerra vs. Itália. Neste caso, os requerentes residiam nas proximidades de uma fábrica de fertilizantes. Houve uma explosão da torre de purificação de gases de amoníaco, contaminando o ar com carbonato de potássio e trióxido de arsênio, levando cerca de cento e cinquenta pessoas aos hospitais, com estado de saúde grave (CEDH, 1998).

Os requerentes alegaram a falta de medidas efetivas para a redução dos níveis de poluição e a existência de riscos de acidentes graves decorrentes das atividades da fábrica. Neste caso, as questões jurídicas relevantes se referem à violação do direito ao respeito à vida privada e familiar e do direito à liberdade de informação, pois não foram informados previamente à população, os riscos das atividades e eventuais procedimentos em caso de acidente grave.

A CEDH, na decisão deste caso, considerou que houve uma violação do art. 8º da Convenção e que o Estado Italiano não havia cumprido

sua obrigação de garantir o direito das vítimas de respeito à vida privada e familiar. A Corte decidiu que a grave poluição ambiental pode afetar o bem-estar dos indivíduos e impedi-los de desfrutar de suas moradias, de tal modo que afete sua vida privada e familiar (CEDH, 1994).

Outro caso em que a CEDH confirmou o precedente López Ostra foi o denominado Moreno Gómez vs. Espanha. O caso envolve dano ambiental com poluição sonora. O requerente vivia em um apartamento em um bairro residencial de Valência desde 1970. A Câmara Municipal estava permitindo a abertura de discotecas nas proximidades da casa do requerente, o que tornava o local inabitável em razão do barulho. Diante dos problemas causados pelo ruído, a Câmara Municipal encomendou um relatório de um perito, que verificou que os níveis de ruído estavam em desacordo com a legislação ambiental e urbanística (CEDH, 2004). A Câmara Municipal proibiu o funcionamento de novas atividades no local.

Mesmo com as proibições estabelecidas, a Câmara emitiu uma autorização de funcionamento de uma nova discoteca no prédio em que o requerente residia. Ele apresentou uma reclamação no Conselho Municipal de Valência, sem a obtenção de respostas. Ajuizou um pedido de revisão judicial no Superior Tribunal de Justiça da Espanha, que foi indeferido em julho de 1998 (CEDH, 2004).

O requerente interpôs recurso perante o Tribunal Constitucional da Espanha, o qual decidiu que a vítima não havia provado a existência de uma efetiva relação entre o ruído e o dano, de forma que violasse direitos previstos na legislação constitucional. O requerente alegou que as autoridades da Espanha foram responsáveis pelos danos e que o ruído resultante poluição sonora representava uma violação de seu direito a uma boa qualidade de vida, previsto no Art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH, 2004).

A CEDH observou que o requerente vivia em uma área com graves problemas ambientais relacionados a poluição sonora. A Corte considerou que houve violação dos direitos protegidos pelo art. 8º da Convenção Europeia. Embora a Câmara Municipal tivesse adotado medidas para a solução do problema, a concessão de mais licenças contribuiu para o desrespeito contínuo das regras que o próprio órgão havia estabelecido.

A CEDH considerou que o requerente havia sofrido uma grave violação do direito à sadia qualidade de vida, em razão da omissão das autoridades em adotar providências para eliminar as perturbações noturnas; e considerou que o governo da Espanha não conseguiu cumprir sua

obrigação de garantir o direito ao respeito da vida privada do requerente, violando o art. 8º da Convenção Europeia (CEDH, 2004).

Na jurisprudência ambiental analisada, a Corte reconheceu que a poluição ambiental urbana pode afetar a saúde e a qualidade de vida das pessoas. De acordo com a Corte, o direito ao respeito à moradia refere-se ao uso tranquilo da residência, dentro de limites razoáveis. As violações desse direito não estão limitadas a interferências como a entrada ilegal no domicílio de uma pessoa, mas também podem resultar de problemas ambientais como altos níveis de ruídos, emissões de poluentes ou outras formas similares de violação do meio ambiente urbano.

Seguindo a interpretação evolutiva, a Corte, na decisão do caso *Grimkovskaya vs. Ucrânia*, reafirmou que, para caracterizar o art. 8º da Convenção, o perigo deve atingir um alto nível de gravidade, resultando em um real impedimento para o requerente desfrutar de sua casa; e que há a necessidade de uma avaliação de todas as circunstâncias do caso para que seja aferido o nível de gravidade. Neste caso, foi construída uma rodovia em uma rua que havia sido projetada, inicialmente, como residencial (CEDH, 2011).

Para a construção da rodovia, não houve sistema de pavimentação ou de revestimento adequado capazes de suportar altos volumes de tráfego de veículos pesados. O requerente alegou que sua casa havia se tornado inabitável, e as pessoas que viviam na região estavam sofrendo com as constantes vibrações provocadas pelo tráfego, pelos altos ruídos e com a poluição.

A Corte considerou que não havia provas suficientes sobre todas as alegações do requerente, como o impacto do problema sobre a saúde dos moradores da região; e baseou-se em provas que comprovaram que o nível de poluição sonora e atmosférica foi acima dos limites legais. Concluiu que os altos níveis de ruídos e a poluição do ar gerada pela estrada violaram os direitos do requerente, previstos no art. 8º da Convenção (CEDH, 2011).

Nos casos *Ledyayeva vs. Rússia* e *Fadeyeva vs. Rússia*, a Corte Europeia constatou que a instalação e o funcionamento de uma usina siderúrgica que emitia poluentes em uma área urbana causou danos à população das cidades, pois as pessoas estavam em uma área de alto risco para a saúde e estavam submetidas às emissões de poluentes tóxicos da usina (CEDH 2006). A Corte decidiu que o governo não havia adotado providências para a proteção dos direitos das vítimas.

Houve violação do direito à sadia qualidade de vida, diante da

grave poluição ambiental. O poder público não realizou a remoção das famílias para um local seguro e não foi garantida uma reparação para as pessoas que deixaram suas casas em busca de um lugar fora da área de risco. No julgamento desses casos, a Corte destacou a falta de capacidade do Estado em regular as atividades ambientais desenvolvidas por empresas privadas.

A interpretação evolutiva da jurisprudência internacional europeia abrange outros bens jurídicos, que compreendem o direito à saúde e a qualidade de vida. Esses direitos são suscetíveis de proteção em casos de danos ambientais, conforme jurisprudência da CEDH. A Corte desenvolveu uma inovadora ampliação do alcance normativo de outros direitos humanos, por meio da interpretação de bens jurídicos protegidos em casos de danos ao meio ambiente urbano (PRING, 2016).

Observa-se que a Corte Europeia interpreta o direito ao meio ambiente por uma via reflexa, e a jurisprudência é desenvolvida colocando a questão ambiental conectada com a proteção dos direitos humanos. A Corte decide, constantemente, que questões ambientais urbanas demandam um sério comprometimento do setor público e privado no desenvolvimento de ações voltadas ao interesse da coletividade. Um controle rigoroso deve ser feito entre o interesse coletivo e o dano sofrido pelo indivíduo, a partir do ponto de vista dos seus direitos fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Corte Europeia de Direitos Humanos apresenta uma considerável evolução de sua jurisprudência sobre meio ambiente urbano, a qual relaciona os casos ambientais com o direito à sadia qualidade de vida das pessoas. Esse direito foi criado pela Corte a partir da interpretação do direito à vida privada e familiar com o direito à saúde, o direito de propriedade e com os demais direitos materiais e processuais previstos na Convenção Europeia. Não existe previsão específica da proteção ambiental na legislação, mas há o reconhecimento do direito à qualidade de vida ambiental urbana pela CEDH.

A partir da conjugação do art. 8º da CEDH com os direitos fundamentais previstos na Convenção Europeia, a CEDH reconhece o direito ao meio ambiente urbano sadio, utilizando o método de interpretação evolutiva dinâmica. Conclui-se que essa criação é resultado

das interpretações de uma sequência de casos ambientais que foram submetidos à Corte, cujas decisões foram se sofisticando a partir de cada julgamento, o que justifica a característica “evolutiva dinâmica”. Em termos processuais, a CEDH protege o direito de intervenções das pessoas no processo de tomada de decisões, como um valor fundamental para o direito ao meio ambiente com qualidade.

A jurisprudência da CEDH, mesmo com a possibilidade de demandas coletivas, tem uma característica mais individualista, considerando os efeitos das violações sobre um indivíduo ou uma família, com um foco maior em questões levantadas acerca de poluição atmosférica e sonora, dentre outros problemas ambientais urbanos. Os direitos processuais vêm sendo utilizados de forma consistente no exercício do direito ambiental, como o acesso à informação, participação, consulta e acesso à justiça.

Conclui-se que a Corte tem produzido parâmetros internacionais que podem contribuir para o avanço da jurisprudência de outros tribunais internacionais e nacionais, na forma de conectar o direito ao meio ambiente à boa qualidade de vida urbana. Mesmo com as características peculiares do direito internacional ao meio ambiente, o qual dispõe de frágeis mecanismos de cogência, executoriedade e coercibilidade, os Estados não apresentam resistência em ratificar tratados desta natureza, ou seja, há um bom nível de aceitação em ser parte de uma norma internacional sobre questões ambientais.

É nesse contexto que se entende que, por meio de diálogos normativos e uma interpretação evolutiva e dinâmica do direito ao meio ambiente urbano, seja possível uma ampliação do alcance da jurisprudência de outros sistemas regionais, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual apresenta falhas no reconhecimento do direito ao meio ambiente urbano. Conclui-se, ainda, que a inovadora criação jurisprudencial da CEDH do direito à qualidade de vida ambiental pode influenciar, além da jurisprudência interamericana, a própria jurisprudência brasileira. A ideia é o diálogo entre cortes para abranger possíveis temas ambientais urbanos.

Considerando as amplas e inovadoras formas de interpretar casos ambientais, as decisões da CEDH podem alterar o atual alcance normativo dos sistemas de proteção aos direitos humanos nos casos de violações ambientais no contexto urbano. Destaca-se que o objetivo não seria resolver os problemas ambientais das cidades, mas contribuir para a ampliação do alcance da jurisprudência sobre o direito à qualidade de vida ambiental



urbana. Uma maior interação entre os tribunais internacionais e nacionais é fundamental para o futuro dos próprios sistemas. O diálogo entre cortes é uma interação complexa, mas implica a importância de formas inovadoras na produção de jurisprudência sobre o meio ambiente urbano.

## REFERÊNCIAS

BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. Lo médio ambiente y la calidad de vida junto a la necesidad de dar cumplimiento a las Sentencias. *Revista española de derecho administrativo*. N. 125, 2005.

CEDH. *Arrondelle vs. Reino Unido*, decisão de 15 de julho de 1980.

CEDH. *Budayevas vs. Rússia*, decisão de 20 de março de 2008.

CEDH. *Bistrovic vs. Croácia*, decisão de 31 de maio de 2007.

CEDH. *Depalle vs. França*, decisão de 29 de março de 2010.

CEDH. *Fadeyeva vs. Rússia*, decisão de 9 de junho de 2005.

CEDH. *Fredin vs. Suécia*, decisão de 18 fevereiro de 1991.

CEDH. *Grimkovskaya vs. Ukraine*, decisão de 21 de julho de 2011.

CEDH. *Guerra e outros vs. Itália*, decisão de 19 de fevereiro de 1998.

CEDH. *Hamer vs. Bélgica*, decisão de 27 de novembro de 2007.

CEDH. *Ledyeva vs. Rússia*, decisão de 26 de outubro de 2006.

CEDH. *López Ostra vs. Espanha*, decisão de 09 de dezembro de 1994.

CEDH. *Moreno Gomez vs. Espanha*, decisão de 16 de novembro de 2004.

CEDH. *Nima-Kapsali vs. Grécia*, decisão de 23 de setembro de 2004.

CEDH. *Oneryldiz vs. Turquia*, decisão de 30 de novembro de 2004.

CEDH. *Powell e Rayner vs. Reino Unido*, decisão de 21 de fevereiro de 1990.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Étude juridiques comparatives et*

*internationalisation du droit*. Paris: Collège de France/Fayard, 2003.

DJEFFAL, Christian. *Dinamic and Evolutive Interpretation of the ECHR by Domestic Courts*. Series: International Law in Domestic Legal Orders, Oxford University Press, 2016.

DOTHAN, Shai. Judicial Tactics in the European Court of Human Rights. *Public Law & Legal Theory Working Papers*, v. 12, 2011.

JARVIS, Françoise. The European Convention on Human Rights and The Environment, *European Law Review*, 1999.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2. ed. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008.

KAYSER, Pierre. La protection de la vie privée, 2e éd. *Revue internationale de droit compare*, v. 43, 1991.

LEWIS, Bridget. *Environmental Rights or A Right to the environment? Exploring the nexus between human rights and environmental protection*. 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/DisplayAbstractSearch.cfm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

MAROCHINI, Maša. The interpretation of the European Convention on human rights. *Collected Papers of the Faculty of Law in Split*. 2014, v. 51, p. 63-84. Disponível em: <http://hrcak.srce.hr/file/171985>. Acesso em: 25 mar. 2017.

PAVONI, Ricardo. Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights: Comparative Insights. In: B. Boer (ed.), *The Environmental Dimension of Human Rights*. Oxford, 2015.

PRING, George. *Environmental Courts and Tribunals*, United Nations Environment Programme, 2016. Disponível em: <http://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/10001/environmental-courts-tribunals.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 mar. 2017.

SHERLOCK, Ann. The European Convention on Human Rights, *European Law Review*, 2000.

SONELLI, Silvia. The Dialogue between National Courts and the European Court of Human Rights: Comparative Perspectives. *University of Leicester*

*School of Law Research*, Paper nº. 14, 2014. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2421034>. Acesso em: 3 mar. 2017.

SPIELMAN, Dean. *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? CELS Working Paper Series*, University of Cambridge, 2012.

TRINDADE, A.A. C. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*, UniCEUB, 2013.

YARZA, Fernando Simón, *Medio ambiente y derechos fundamentales. Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2012.

Artigo recebido em: 01/06/2017.

Artigo aceito em: 01/08/2017.

### **Como citar este artigo (ABNT):**

VARELLA, Marcelo Dias; STIVAL, Mariane Morato. Meio ambiente urbano na jurisprudência internacional europeia. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 373-395, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1077>>. 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](mailto: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](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](mailto: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.