

Justicia y Medio Ambiente

Álvaro Sánchez Bravo (editor)



Álvaro A. Sánchez Bravo
Adriana Ferreira Serafim de Oliveira
Anselmo Henrique Cordeiro Lopes
Awdrey Frederico Kokol
Bruno Araújo Soares Valente
Charlise P. Colet Gimenez
Clovis Gorczewski
Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori
Daniela Richter
Elenise Felzke Schonardie
Ellisângela Furian Fratton
Eloi Ampessan Filho
Fabiana Marion Spengler
Felipe Almeida Bogado Leite
Gilberto Stürmer
Gilmar Antonio Bedin
Javier Rufino Rus
Jerônimo Siqueira Tybusch
Joice Graciele Nielsson
Jorge Luís Mialhe

José Alcebiades de Oliveira Junior
José María Rama Serrano
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Luiz Antônio Miranda Amorim Silva
Luiz Ernani Bonesso de Araujo
Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Marcel Brugnera Mesquita
Márcia Samuel Kessler
M^a Paula Díaz Pita
Mirta Lereña Misailidis
Nara Raquel Alves Gócs
Patrícia Elias Vieira
Paulo Márcio Cruz
Rafael Santos de Oliveira
Rodrigo Timoteo da Costa e Silva
Rogério Gesta Leal
Sérgio Augustin
Sergio Urquhart de Cademartori
Talden Farias
Zenildo Bodnar

JUSTICIA Y MEDIO AMBIENTE

Álvaro Sánchez Bravo (editor)

JUSTICIA Y MEDIO AMBIENTE
VV. AA.

Editado por:
Alvaro Sánchez Bravo
elialva@us.es
Impreso en España

ISBN: 978-84-16068-33-3

Maquetación, diseño y producción: Álvaro Sánchez Bravo
© 2013 Álvaro Sánchez Bravo

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización por escrito de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas por las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de esta edición mediante alquiler o préstamos públicos.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	15
MEDIO AMBIENTE Y JUSTICIA: un análisis desde la teoría del Bien de John Rawls	
Clovis Gorczewski	
Elisângela Furian Fratton.....	19
DIREITOS HUMANOS, JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS NA CONSTRUÇÃO DE UMA VIDA DIGNA SEGUNDO AMARTYA SEN	
Gilmar Antonio Bedin	
Joice Graciele Nielsson.....	41
O CONCEITO DE MEIO AMBIENTE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	
Talden Farias.....	59
O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E SADIO: o tratamento do conflito socioambiental a partir da mediação	
Fabiana Marion Spengler	
Charlise P. Colet Gimenez.....	75

O ESTADO CONTEMPORÂNEO, OS NOVOS DIREITOS E A PROTEÇÃO AMBIENTAL

Elenise Felzke Schonardie 91

**PILHAGEM, RISCO E INJUSTIÇAS AMBIENTAIS:
o poder na sociedade em rede**

Rafael Santos de Oliveira

Márcia Samuel Kessler 121

**A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DO DIREITO À
SADIA QUALIDADE DE VIDA NOS 25 ANOS DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E O
“SELO RUÍDO”**

Jorge Luís Mialhe

Adriana Ferreira Serafim de Oliveira 135

**INJUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHO
HUMANO AL AGUA**

Álvaro A. Sánchez Bravo 151

**LA INVESTIGACIÓN PREPROCESAL DEL MINISTERIO
FISCAL EN LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO
AMBIENTE. MEDIDAS CAUTELARES EN EL
PROCESO PENAL.**

Javier Rufino Rus 171

**LA LEGITIMACIÓN PASIVA INDEPENDIENTE DE LA
PERSONA JURÍDICA EN LOS PROCESOS PENALES
POR DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE**

M^a Paula Díaz Pita 213

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E AS MEDIDAS PREVENTIVAS DE PROTEÇÃO NO BRASIL	
Gilberto Stürmer	241
O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO DOS CORTADORES DE CANA-DE-AÇÚCAR NA MIRA DO ATIVISMO JUDICIAL: ações para o desenvolvimento sustentável	
Mirta Lerena Misailidis	
Awdrey Frederico Kokol	261
A “CULTURA-MUNDO” E A SUSTENTABILIDADE COMO MEDIADORA DO DIÁLOGO ENTRE DIREITO E ECONOMIA	
Liton Lanes Pilau Sobrinho	
Patrícia Elias Vieira.....	281
ORDEM ECONÔMICA E MEIO AMBIENTE NO BRASIL: elementos teóricos e fundamentais à solução de casos judiciais concretos.	
Rogério Gesta Leal	303
BIODIVERSIDADE NA AMÉRICA LATINA: ecología política e a regulação jurídico-ambiental	
Jerônimo Siqueira Tybusch	
Luiz Ernani Bonesso de Araujo	327

**O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO
AMERICANO: UM OLHAR SOBRE A QUESTÃO
AMBIENTAL**

Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Daniela Richter 365

**A CRÍTICA MARXISTA E A COSMOVISÃO
ANDINA DO “VIVIR BIEN /BUEN VIVIR”**

Daniela MesquitaLeutchuk de Cademartori
Sergio Urquhart de Cademartori 383

**OS MOVIMENTOS SOCIAIS E A JUSTIÇA
AMBIENTAL NAS CIDADES. Caminhos
democráticos para o enfrentamento de conflitos
de interesse na cidade de Porto Alegre, RS, Brasil**

José Alcebiádes de Oliveira Junior 407

O MUNICÍPIO E A QUESTÃO AMBIENTAL.

Eloi Ampessan Filho..... 425

**A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO
MUNICÍPIO BRASILEIRO EM MATÉRIA
AMBIENTAL, RESTRINGINDO A ATIVIDADE
DE MINERAÇÃO.**

Sérgio Augustin
Nara Raquel Alves Göcks..... 445

**EL CONTROL DEL COMERCIO INTERNACIONAL
DE ESPECIES AMENAZADAS**

José María Rama Serrano..... 471

**A EXPLORAÇÃO ILEGAL DE MADEIRA NA
AMAZÔNIA BRASILEIRA**

Anselmo Henrique Cordeiro Lopes	
Bruno Araújo Soares Valente	
Felipe Almeida Bogado Leite	
Luiz Antônio Miranda Amorim Silva	
Marcel Brugnera Mesquita	
Rodrigo Timoteo da Costa e Silva.....	493

**GOVERNABILIDAD TRANSNACIONAL
AMBIENTAL EN LA RIO + 20**

Paulo Márcio Cruz	
Zenildo Bodnar.....	517

JUSTICIA Y MEDIO
AMBIENTE

PRESENTACIÓN

En la hora presente, y si volvemos la vista atrás, consideramos que la humanidad ha progresado bastante. Desarrollamos potentes investigaciones, viajamos al espacio, desarrollamos nuevos medicamentos, avanzamos en derechos sociales, o retrocedemos amparados en la crisis que todo lo justifica. Incluso en lo ambiental, hasta el capitalismo se ha travestido, en un “capitalismo verde”, interesado, que no preocupado, en nuevos modelos de negocio, en nuevos horizontes de dominio de los mercados amparados en la militancia ciudadana o en la inacción de los dirigentes políticos. Lo ambiental vende, y hay que aprovecharse de ello.

No obstante, este “progreso” no es suficiente y queda, aún mucho camino por recorrer. Este avance es absolutamente asimétrico. Mientras los más ricos, individualmente considerados, y sus Estados avanzan hacia mayores cotas de calidad de vida, derechos y seguridad, una gran parte del mundo, sobrevive, en muchos casos, míseramente, soportando injusticia, hambre y escasez, con el horizonte de un mañana que les permita seguir alimentándose.

El origen de estas desigualdades es diverso, pero si existe un elemento que debe ser considerado. El origen de esta injusticia, de esta degradación ambiental, radica en las actividades comerciales y políticas insolidarias de aquellos poderosos. Por tanto, para restaurar la justicia socio-ambiental se hace necesario que esos países reconozcan sus responsabilidades, asumiendo, y compensando por ello, que su desarrollo, su calidad de vida, su riqueza se ha basado en el uso de combustibles fósiles y recursos naturales extraídos de países pobres o subdesarrollados.

Además esta restauración no puede hacerse de cualquier forma. Debe basarse indefectiblemente en el reconocimiento y satisfacción de derechos humanos. Porque la cuestión no se resuelve sólo en términos de aportaciones monetarias, ayudas o compensaciones más o menos caritativas, sino en una verdadera

modificación de las formas tradicionales de relacionarse en el escenario internacional.

Las reuniones internacionales sobre la vigencia de Kioto más allá de 2020 y las negociaciones para un acuerdo mundial sobre el comercio, so buen ejemplo de esa falta de sensibilidad, todavía, hacia los menos favorecidos. Se discuten compensaciones económicas, privilegios y cada uno trata de sacar tajada para sus intereses, pero esa falta de acuerdo es la expresión endógena de que no interesan los seres humanos, que no se profundiza en cómo estos acuerdos pueden cambiar, y deberían mejora, las condiciones de vida de millones de personas. Por eso se convocan reuniones, y hasta de concluir éstas, ya se señalan las próximas a desarrollar. Es una ópera bufa: se reúnen sabiendo que no van a llegar a ningún acuerdo, mientras los cuatro jinetes del apocalipsis de los pobres, hambre, falta de agua, injusticia y violencia, cabalgan ampliando sus posesiones. Especialmente significativo será el acuerdo en la OMC, pues aunque se concluya, y como ya conoce por la informaciones en curso, seguirán defendiendo la liberalización mundial, globalizada, del tráfico de mercancías, la supresión de ayudas estatales, de restricciones arancelarias, mientras muchos dirigentes de países pobres contemplan como se derrochan diariamente millones de toneladas de comida y su población muere de hambre, siendo productores de materias primas básicas para el comercio capitalista mundial. A los aeropuertos de medio mundo llegan diariamente productos de la otra parte, pero las personas, en aras de la seguridad nacional, de los intereses geoestratégicos, o de la simple caridad enmascaradora de racismo, continúan confinados en sus sistemas injustos y totalitarios, no debiendo reclamar. Ese es su destino, siempre hubo ricos y pobres, tienen que ser pacientes y resignados, mientras desde sus chabolas y barrios marginales, a través de la televisión, contemplan la magnificencia del mundo desarrollado, su lujo, su estabilidad, sin saber que un parte de ese desarrollo descansa sobre su propia miseria.

No somos sólo los ciudadanos los culpables. No podemos mortificarnos con estas realidades, y devenir héroes o santos, renunciando a nuestra existencia para intentar arreglar súbitamente injusticias históricas. Los Estados tienen que asumir esas injusticias y comenzar a resolverlas, y nosotros, ciudadanos, te-

nemos un papel fundamental a través de la movilización y el compromiso social, de la modificación de nuestros hábitos de consumo y del respeto y la integración de los que llegan de otras tierras buscando una vida mejor.

Y es a esta labor a la que se consagra esta obra que recoge las reflexiones de un número relevante de investigadores y académicos de ambos lados del Atlántico, cuyo compromiso con esta temática es acreditado y reconocido internacionalmente. Agradecer a todos su compromiso, su apoyo, una vez más, en esta nueva obra, y su afecto en este ilusionante proyecto.

Mención especial para la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, por acoger con entusiasmo y compromiso esta iniciativa, patrocinando la edición y publicación de esta obra, y por seguir creyendo en la necesidad de compartir el conocimiento, hacerlo accesible a todos y garantizar la información de los ciudadanos.

Y finalmente, dedicar esta obra a la figura de la Dra. Cinta Castillo Jiménez, recientemente fallecida. No sólo en los años que desempeñó el cargo de Consejera de Medio Ambiente del Gobierno de Andalucía, ni en los restantes de su dilatada trayectoria y responsabilidad política, ni en su labor docente e investigadora en la Universidad de Sevilla, dejó nunca Cinta de luchar contra la injusticia, de rebelarse contra los atentados a los derechos humanos, de procurar un mundo mejor para todos. Y lo mantuvo hasta el final, con una lección de coraje y entereza que emociona al recordarlo. No pude despedirme de ti, pero como cantan los Secretos: “te he echado de menos hoy/ exactamente igual que ayer/ confío en que siempre estaré/ contigo aunque no estés”. Hasta siempre, querida amiga.

Sevilla, otoño 2013.

Prof. Dr. Álvaro A. Sánchez Bravo.
Presidente Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente
y Desarrollo Sostenible.

MEDIO AMBIENTE Y JUSTICIA: UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DEL BIEN DE JOHN RAWLS

Clovis Gorczewski¹

Elisângela Furian Fratton²

Consideraciones Iniciales. Medio ambiente y organización social

Hablar sobre medio ambiente es discurrir sobre el sentido de la vida para la humanidad. Pensadores de las más distintas áreas del conocimiento compactan con esa perspectiva. Varios son los caminos apuntados hacia su supervivencia y su crecimiento, pero lo importante es el sembrar de una concienciación ambiental universal, el cuidado continuo y el amor a la vida en sí, lo que representa la lucha por un mundo más digno, humano y mejor.

El hombre ha nacido para ser libre, dotado de razón y virtud, se le ha concedido el libre arbitrio para optar ser un agente activo en la sociedad o vivir a la merced de los acontecimientos a su alrededor. Sin embargo, independientemente del estilo de vida por él adoptado, sea cual sea el Estado Democrático, el

¹Abogado. Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad de Santa Cruz do Sul

² Abogada. Maestranda en Derecho

hecho es que existe una diversidad de intereses y perspectivas personales con las que el hombre ve y analiza al mundo.

John Rawls nombra a esta diversidad de pluralismo y entiende que éste “...não garante a estabilidade de uma sociedade democrática”, pues “...a característica permanente da cultura pública de uma sociedade democrática é a convivência de várias doutrinas compreensivas razoáveis, que fundamenta-se no ‘fato do pluralismo razoável’”. (CITTADINO, 2004, p. 80)

Es precisamente a partir de esa constatación de múltiples culturas y divergencias de modos de vida de los pueblos que se cree en el establecimiento de una sociedad organizada por el deber natural cuya fuente se establece en el principio de la equidad.

En ese sentido, explica Rawls (2008, p. 427) “...esse princípio afirma que a pessoa tem uma obrigação de fazer a sua parte, especificada pelas normas de uma instituição, sempre que tiver aceitado voluntariamente os benefícios do sistema ou tenha aproveitado as oportunidades que oferece para a promoção de seus interesses, contando que essa instituição seja justa ou equitativa, isto é, atenda aos dois princípios de justiça.”

Sin embargo, importa que haya una voluntad mutua de los individuos libres, iguales y dotados de capacidad de pensamiento, que se agrupen por la lucha de un ideal común en el que todos obtengan los beneficios de esa unión dentro de una sociedad bien ordenada. Es decir, de acuerdo con ciertas normas y políticas justas, pero extremadamente importante es que el compromiso de cooperación esté presente con las demás personas, bajo pena de que nos beneficiemos de los esfuerzos ajenos.

Nos enseña Cittadino que la concepción de justicia imparcial de Rawls (2004, p. 81) nada más es que la idea de justicia independientemente de otras doctrinas y así “... afirma que sua concepção política de justiça é neutra em relação às diversas visões compreensivas acerca da vida digna”.

Por tanto, para Rawls (2008, p. 578) “...parece plausível, então, que adotar uma moralidade de associação (representada por alguma estrutura de ideais) fundamenta-se no desenvolvi-

mento das habilidades intelectuais necessárias para considerar as coisas de uma variedade de pontos de vista e de pensar isso como aspectos de um sistema único de cooperação”.

Dentro de esa concepción de una sociedad democrática bien ordenada y de agentes activos con sentido de justicia, queriendo ser útiles, productivos y buenos (en el sentido etimológico del término) en sus núcleos de asociaciones, sea familiar, sea profesional o comunitario, es que la idea de pluralismo razonable de Rawls resulta bastante significativa.

Y así se posiciona Cittadino:

O resultado disso é que há uma compatibilidade entre a ideia de justiça e a ideia de bem que garante a estabilidade de uma sociedade bem ordenada. Em outras palavras, como o justo e o bem são compatíveis, o pluralismo não pode ser senão razoável. (CITTADINO, 2004, p. 82)

La cuestión del bien como racionalidad defendida por Rawls es la base sólida del propio sujeto que asimila y elige el bien como el camino más racional para su vida en una sociedad organizada, adaptándose así a los valores de justicia colectiva.

Efectivamente, el bien sacado a la luz es aquel que va más allá de los planes comunes de vida del hombre como renta, riqueza y bienestar. Aquel más pleno y anhelado por él, cuyo valor es inmensurable e inestimable - el respeto propio.

Bajo esa perspectiva de autovaloración humana, en la que el bien integra la justicia como equidad en el seno de una sociedad ordenada, el sentido de justicia imbuido en esa moldura valorativa se puede considerarlo un bien intangible, esencial y fundamental. Así lo prepondera Rawls:

(...) E se dentro da teoria fraca acontece que ter um senso de justiça é, de fato, um bem, então a sociedade bem-ordenada é tão estável quanto se possa desejar. Além de gerar suas próprias atitudes de apoio moral, essas atitudes são desejáveis do ponto de vista das pessoas racionais que as tomam quando avaliam sua situação independentemente das restrições da justiça. (RAWLS, 2008, p. 493)

Así que, el punto crucial de la obtención del sentido de justicia humana está en el intento de establecer la coherencia entre bien y justicia. Rawls, por lo tanto, enfoca en el bien el argumento de la justicia como deseo real e intrínseco de los ciudadanos que buscan vivir, convivir y contribuir para la estabilidad de una sociedad organizada.

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 establece la forma como el Estado se organiza. Pero antes de la existencia del Estado, el hombre siempre ha tenido el instinto de agruparse con otros con el objetivo de buscar su bienestar y el de la comunidad en la que se encontraba inserido, haciéndose necesario una seria reflexión sobre la importancia de la justicia ambiental para alcanzarse la efectucción democrática.

Sin embargo, esclarece Rawls en su obra *O direito dos povos*:

Ao dizer que um povo tem um governo democrático constitucional razoavelmente justo (embora não necessariamente justo por completo) quero dizer que o governo está eficazmente sob seu controle político e eleitoral, que responde pelos seus interesses fundamentais e que os protege como especificado em uma constituição escrita ou não-escrita". (RAWLS, 2001, p. 31)

La normalización de un derecho ambiental equilibrado y sano se encuentra legalmente prevista en el artículo 225 en la Constitución Brasileña de 1988 y desde ese marco, se comienza la organización y búsqueda por la efectucción de esos derechos de parte del Estado y de la sociedad.

Así, el derecho ambiental, por ser de cuño universal, se encuadra en la concepción de derechos de tercera dimensión donde están relacionados con el derecho al medio ambiente sostenible de vida digna y de paz.

Al paso que en relación con el Estado la importancia jurídica ambiental es así comentada por Canotilho:

No seu conjunto, as dimensões jurídico-ambientais e jurídico-ecológicas permitem falar de um Estado de direito ambiental e ecológico. O Estado de direito, hoje, só é Estado de direito se for um Estado protetor do ambiente e garantidor do direito ao ambiente; mas o Estado ambiental e ecológico só será Estado de

direito se cumprir os deveres de juridicidade impostos à atuação dos poderes públicos. Como se irá ver nos desenvolvimentos seguintes, a juridicidade ambiental deve adequar-se às exigências de um Estado constitucional ecológico e de uma democracia sustentada. A natureza de princípio conferida a muitas das normas estruturantes da Constituição ambiental – princípio do desenvolvimento sustentável, princípio do aproveitamento racional dos recursos, princípio da salvaguarda da capacidade de renovação e de estabilidade ecológica, princípio da solidariedade entre gerações – obrigará a uma metódica constitucional de concretização particularmente centrada nos critérios de ponderação e de optimização dos interesses ambientais e ecológicos. (CANOTILHO, 2008, p. 5-6)

Desde ya, construir y mantener una sociedad justa y estable compuesta de ciudadanos plurales con distintos modos y estilos de vida, pero que puedan ser libres y respetados en la sociedad y que se puedan asociar de forma libre, racional y conciente en pro de una sociedad bien ordenada, estable, basada en el bien y en plena efectividad de una vida más digna y justa es el ideal a alcanzarse.

Ante la crisis ambiental enfrentada desde el fin del siglo XX, cuando el hombre comenzó con la naturaleza una relación de dominio excesivo, el desequilibrio es permanente. Es imprescindible para la superación de ese fenómeno la construcción de una ética fundada en el respeto, cuidado y en el bien para la posibilidad de continuación de vida en la Tierra a través de una justicia ambiental cautelosa y preventiva.

Del mismo modo, el principio de la precaución formulado en la Grecia antigua significa el cuidado y el estar enterado de la relación del hombre con la naturaleza. Dicho principio orienta las actividades humanas y abarca conceptos como justicia, equidad, respeto y prevención.

En ese sentido enseña Canotilho:

Así enseña Canotilho, 2012 “o princípio da precaução funciona como uma espécie de princípio “*in dubio pro ambiente*”: na dúvida sobre a perigosidade de uma certa atividade para o am-

biente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor, isto é, o ónus da prova da inocuidade de uma acção em relação ao ambiente é transferido do Estado ou do potencial poluído para o potencial poluidor. Ou seja, por força do princípio da precaução, é o potencial poluidor que tem o ónus da prova de que um acidente ecológico não vai ocorrer e de que adoptou medidas de precaução específicas. (CANOTILHO, 2012, p. 70-71)

Así que es imprescindible que haya medidas anticipatorias de protección al medio ambiente que sean anteriores a los impactos que causan daños agresivos a la naturaleza y su alrededor donde la responsabilidad por el riesgo, aunque sencillo, se la atribuya a las personas que tienen interés por la actividad desarrollada.

Además de las responsabilidades individuales del hombre, tiene el Estado la obligatoriedad de proteger y prevenir las agresiones al medio ambiente para que haya el desarrollo del Estado de derecho democrático y ambiental.

Medio ambiente y Estado

Con el advenio de la Constitución Federal de 1988, los conceptos constitucionales tradicionales fueron siendo dejados de al lado, asumiendo nuevos modelos de efectuación de esos derechos, inaugurando el Estado Democrático de Derecho, que tiene como característica principal la concretización de los derechos fundamentales, según preceptúa Novelino:

“(…) Os direitos fundamentais, compreendidos como os direitos humanos consagrados no plano interno, são normas positivas constitucionais. Após atravessarem uma fase de carência normativa na qual eram consideradas meras declarações solenes, revestidas somente de valor moral, esses direitos tiveram sua normatividade reconhecida sendo alçados à condição de normas jurídicas constitucionais.” (NOVELINO, 2008, p. 222-223).

Aunque la Constitución Federal de 1988 tiene formación positivista dogmática, su esencia está imbuida de una serie de principios fundamentales relacionados a la garantía de derechos fundamentales y se la puede utilizar como herramienta activa de agente de cambio de la realidad social, según expone Bitencourt: “Logo, não interessa se um determinado direito fundamental está rotulado como ‘individual’ ou ‘social’ ou ‘político’, interessa é saber sob qual dos três *status* (negativo, positivo ou ativo) ele pode ser subsumido, visto ser daí que se podem retirar as consequências jurídicas a respeito da concretização ou efetivação desse direito fundamental.” (BITENCOURT, 2013, p. 117).

Efectivamente, los principios del sistema jurídico brasileño son fundamentales en la aplicación del derecho a la vez que se compone de innumerables normas, siendo que algunas de ellas están fundamentadas en textos legales vinculadas a los derechos fundamentales vigentes.

Desde su promulgación, la interpretación con relación a las normas infraconstitucionales vinculada a los derechos fundamentales vigentes trajo nuevas reflexiones, esto porque ellos definen y cristalizan valores sociales vinculados a la interpretación y aplicación del Derecho, debiendo así ser compatibles con la aplicación de las normas jurídicas y la autoridad que emana de los principios.

Sin embargo, violar un principio es mucho más grave que transgredir una norma y así contribuye Ahmad (2013, p.311) “paralelamente à dimensão subjetiva, os direitos fundamentais constituem um sistema normativo objetivo de valores, que definem deveres de natureza fundamental, caracterizando, assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.”

Así declara Sarlet:

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da ideia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto

de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. (SARLET, 1998, p. 143).

A propósito, el legislador en el caput del artículo 225 y párrafo primero utiliza palabras significativas como DEFENDER, PRESERVAR, DEFINIR, CONTROLAR y PROMOVER, y obliga al Estado a tomar providencias, proteger y por encima, cuidar del bien más precioso del hombre, que es su vida en la Tierra.

Aún así, el Derecho Ambiental posee un papel fundamental interno y externo a la Constitución de 1988. En el plano interno se deben observar además de la propia carta magna, las legislaciones federales, las Constituciones Provinciales, los Códigos Provinciales de Medio Ambiente y las Legislaciones Municipales; ya en ámbito externo, contempla las Declaraciones Internacionales, la Conferencia de Estocolmo de 72, del Río de 92, etc.

La legislación brasileña también incumbe a la sociedad el deber de preservación del medio ambiente, que por la iniciativa popular a través de las ONGs, asociaciones, acción civil pública y audiencias públicas tiene un papel relevante y fundamental en la preservación del medio ambiente y calidad de vida, tratándose de cláusula pétrea por no ser pasible de revocación.

Leal (2004, p. 977) compacta en ese sentido: “algumas modalidades de participação social, com importância mais política que jurídica de gestão pública, compartilhada com a consulta popular, envolvendo demandas da comunidade; audiências públicas no momento da implantação de projetos ou política pública” que se deben efectivizar.

El derecho al medio ambiente equilibrado contempla una gama de intereses difusos o transindividuales que se consideran supremos a cualquier documento normativo por emanar de valores superiores de la sociedad, sin embargo, se los considera esenciales al mantenimiento de la vida de la persona humana y de la calidad de vida actual y de las futuras generaciones.

De todos modos, la dignidad humana es el principio que nortea y divulga los derechos y garantías fundamentales debido a la importancia de un Estado Socioambiental y Democrático de Derecho.

Está contenido en el artículo 1, inciso III de la Constitución de la República Federal de 1988 el principio de la dignidad de la persona humana. Dicho precepto se evoca hodiernamente en los textos legislativos por su suprema y vital importancia en el mundo académico y jurídico, según afirma Sarlet:

“[...] Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.” (SARLET, 2012, p. 73).

Ocurre que ante los actuales siniestros acontecimientos de cuño político, económico, ético, jurídico, ambiental y social que han enfrentado los ciudadanos brasileños, fruto de una inestabilidad jerárquica de valores y principios, las cuestiones esenciales relacionadas a la vida y a la dignidad humana han sido puestas a prueba.

La dignidad de la persona humana resulta como valor básico del sistema jurídico universal en la búsqueda constante de su concretización para que se pueda obtener una sociedad más justa y democrática.

En las palabras de Cuesta:

Afortunadamente, existe un amplio consenso acerca de que nuestro texto constitucional –en concordancia con la Declaración Universal de derechos humanos y otros documentos internacionales– recoge el valor vida humana con indudable prescriptividad ética

y jurídica; y no sólo en el art. 15 – cuando afirma que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”- sino también en otros preceptos, como los artículos 43 (protección de la salud), 45, (disfrute del medio ambiente y calidad de vida), 50, 51, y 128 (que refuerzan los derechos ciudadanos en temas que afectan a su salud, seguridad, calidad de vida y bienestar general). (CUESTA, 2013, p. 101)

La importancia del derecho fundamental a la preservación medioambiental y el derecho a la vida ha sido sellada con el reconocimiento a título internacional en los documentos internacionales, a la vez que dicho valor se había inserido en la cumbre de la pirámide de los derechos fundamentales del hombre con objeto de conducir todas las formas de actuación en el área de la tutela del medio ambiente.

Aunque no está expresamente reconocido en la Declaración Universal de 1948, repleta de valores universales, fue la Declaración de Estocolmo de 1972 que trajo la cuestión ambiental, ganando así la protección internacional incluso de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para la inserción de un derecho ambiental equilibrado y saludable.

Enseña Klaus:

Na medida em que os direitos humanos refletem uma regra de necessidade básica, o mesmo poderia ser dito a respeito do meio ambiente. Teóricos do direito ambiental designaram muitas vezes a proteção ambiental como uma questão de necessidade básica. (...) Embora o direito ambiental não pudesse ser derivado de uma lei da natureza objetiva, sua própria existência reflète uma concepção comum de que o meio ambiente é indispensável. Neste sentido, a proteção da vida e dignidade humana e a proteção do meio ambiente seguem a mesma preocupação básica com a vida. (KLAUS, 2012, p. 576)

Por tanto, la vinculación de la acepción de dignidad del ser humano está íntimamente vinculada con la necesidad básica de la vida del hombre inserido en el mundo y, en esa visión, un medio ambiente equilibrado y saludable deberá ser considerado

un derecho humano universal y su efectucción resulta imprescindible.

Aún siendo todavía teórica la construcción de un Estado de Derecho Ambiental para combatir las desigualdades y degradación ambiental, las exigencias de la sociedad contemporánea traen reflexiones serias para que el Estado pueda evolucionar y volverse sostenible.

El Estado Socioambiental y la Justicia Ambiental

El modelo de Estado Socioambiental de Derecho sugerido por Sarlet deberá ser valorado y estudiado con mayor profundidad. La vida contemporánea remite a mirar hacia la realidad vivida por el hombre que, a menudo, no posee acceso a los derechos sociales de base, generando una laguna a ser rellenada por el Estado Social. Sin embargo, resulta relevante la existencia de una perspectiva ecológica en alianza con una perspectiva social, pues el objetivo del Estado contemporáneo es la existencia y la garantía mínima de una vida digna, desde luego, un caminar político-jurídico-estatal contemplarían dicha finalidad.

En ese sentido, afirma Haberle (2005, p.130) “que os objetivos do Estado Ambiental, assim como do Estado Social, são, em seu conteúdo fundamental, consequências do dever jurídico-estatal de respeito e proteção da dignidade humana, no sentido de uma ‘atualização viva do princípio’, em constante atualização à luz dos novos valores humanos que são incorporados ao seu conteúdo normativo, o que acaba por exigir uma medida mínima de proteção ambiental.”

El Informe de Desarrollo Humano de 2013, publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) trae como tema central “La Ascensión del Sur: Progreso Humano en un mundo diversificado” y aborda al crecimiento económico basado en el desarrollo humano, más específicamente

por políticas públicas a favor de los más desfavorecidos con objetivo de desarrollar y reforzar las capacidades de las personas y aportar un desarrollo duradero.

Referido informe identifica las “presiones ambientales” como uno de los polos de desarrollo a nivel mundial a enfrentarse ante las crisis de los últimos años que han devastado la vida de tantas poblaciones y vuelto la vida de las personas a la vez más vulnerable a choques y catástrofes.

Ante dichas consideraciones, la protección ambiental se propaga como uno de los objetivos más significativos del Estado de Derecho Contemporáneo y para ello el Estado deberá perfeccionarse a cada nuevo paso evolutivo para enfrentar a las adversidades, amenazas y riesgos ambientales que debilitan a la existencia humana.

Un gran paso en ese sentido fue dado por el gobierno federal brasileño con el reciente Decreto n. 8.039 del 04 de julio de 2013 que instituye el Programa Nacional de Universalización del Acceso y Uso de agua – “Agua para todos”, destinado a promover la universalización del acceso al agua en áreas rurales para consumo humano y para la producción agrícola y alimentaria, visando al pleno desarrollo humano y a la seguridad alimentaria y nutricional de familias en situación de vulnerabilidad social. Además del apoyo del Estado, el programa cuenta con la participación de otros órganos y entidades de diversos sectores como salud, nutrición y medio ambiente para su implementación.

Aún sabiendo que todavía existe mucho trabajo que hacer, el ejemplo de esa acción legislativa revela la preocupación y responsabilidad del Poder Público, de la sociedad y de parte de toda colectividad con la vida humana, el medio ambiente y su entorno. Efectivamente, referida acción representa un avance y un comienzo para el reconocimiento del agua como un derecho humano fundamental.

Así destaca Irujo (2006, p. 21) “El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre,

aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.

El escenario actual requiere avances y cambios significativos en pro de la dignidad humana que representa la clave maestra del hombre en los nuevos tiempos, debiendo perseguirla todo el ordenamiento jurídico y toda la humanidad global. Destaca, por tanto, Canotilho (1998, p. 21), “a forma que nossa contemporaneidade se revela como uma das mais adequadas para acolher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é o *Estado constitucional de Direito democrático e social ambientalmente sustentado*”.

Efectivamente, el modelo de Estado Sociambiental tiene un papel fundamental en la promoción de los derechos fundamentales, específicamente en lo que se refiere a la tutela ambiental y que Perez-Luño defiende como “um modelo de desenvolvimento econômico e humano de resgate do ‘ser’, vinculado a proteção ambiental e principalmente com a dignidade humana.”

La injusticia social se muestra de distintas facetas, pues además de afectar directamente a las clases más desfavorecidas bajo el punto de vista económico y que poseen acceso más restricto a los servicios públicos básicos como agua, saneamiento básico, etc.; también están limitados a las informaciones de orden ambiental y legal, impidiendo así, por falta de conocimiento y de noticias, que eviten los daños y riesgos ambientales.

Bauman (2005, p. 21) utiliza el término “desecho humano” para demostrar como una parte de los seres humanos irá a la “basura” con el desecho de las sobras por el exceso de consumo y producción, asimismo como por la dominación global del capital.

Ante esa situación, la búsqueda por la justicia como equidad por la preservación del bien natural que Schornardie (2011, p.) define como “todos os atributos naturais, artificiais e culturais, que integram o meio no qual estamos inseridos”, que el Poder Público y la población necesitan salvaguardar.

La expresión “justicia como equidad” enunciada por John Rawls, se basa en los acuerdos de una posición original, donde

las personas desconocen el objeto de elección, pero la garantía de los acuerdos fundamentales podrá ser alcanzada como equitativa por los principios de justicia formulados por Rawls:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. (RAWLS, 2008, p. 73)

Esos principios de justicia enunciados por Rawls presuponen que cualquier persona libre y racional los aceptaría en caso de que se encontrara en una posición inicial de igualdad, visto que cada individuo es dueño de una “inviolabilidad fundada en la justicia”, que ni el bien común y tampoco el Estado pueden anular.

Para que ese sentido de justicia sea practicado y eficaz, hay que existir una congruencia de actitudes éticas del hombre ante las situaciones que pudiesen llevarlo a obtener alguna ventaja personal por desobedecer a esta premisa, a la vez que dicho comportamiento avalaría profundamente los pilares de un sentido de justicia, pues se parte desde el principio que una persona justa no se predispone a aceptar y realizar referido procedimiento, pues el “deseo regulador de obedecer a los principios correspondientes” sería uno de sus criterios de elección racional; así avala Rawls:

“...Os critérios de escolha racional devem levar esse desejo em conta. Se o que a pessoa quer, com racionalidade deliberativa, é agir do ponto de vista da justiça acima de tudo o mais, é racional para ela agir assim. Por conseguinte, nessa forma a questão é trivial: sendo os tipos de pessoa que são, os membros de uma sociedade bem-ordenada desejam, mais do que qualquer coisa, agir com justiça, e realizar esse desejo faz parte do seu bem. Quando adquirimos um senso de justiça que é verdadeiramente final e efetivo, como requer a primazia da justiça, nos encontramos engajados num plano de vida que, na medida em

que sejamos racionais, nos leva a preservar e incentivar esse sentimento. Já que esse fato é de conhecimento público, a instabilidade do primeiro tipo não existe e, por conseguinte, também não existe a do segundo” (RAWLS, 2008, p. 702)

Aún sabiendo de la existencia de otras formas de concepción de sentido de justicia, grandiosos son los argumentos de Rawls sobre la teoría de la justicia basada en el bien. La fuerza de esa concepción es como un baluarte de una sociedad que opta por el bien racional, así puesto, plausible y posible de alcanzarse el equilibrio ante la multipluralidad de ideas, conceptos y pensamientos existentes dentro de las comunidades, pues la prevalencia de ese sentimiento de justicia se lo podría utilizar como guía del plan de vida de las personas para que la paz y la justicia prevalezcan.

Casos concretos y la comprensión de los Tribunales Constitucionales Brasileños

Las premisas doctrinarias antes desarrolladas sobre medio ambiente y justicia ambiental se las podrá evaluar a la luz de la jurisdicción constitucional brasileña, más precisamente el Supremo Tribunal Federal.

En lo que se refiere al término “justicia ambiental” verificación hasta fines del mes de agosto de 2013 en la plataforma de investigación jurisprudencial de la página oficial en Internet del Supremo Tribunal Federal, localizó solamente un (1) fallo – ADFP 101/DF, que versa sobre argüido de descumplido de precepto fundamental que afronta a los principios constitucionales de la salud y al medio ambiente equilibrado.

ADPF 101 DF - DISTRITO FEDERAL, ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, Julgado em 24/06/2009, Dje-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL 02654-01 PP 00001

En este caso, el debate se pautó en la adecuación y observancia del principio de la subsidiariedad. Art. 170, 196 y 225 de la Constitución de la República Federativa de Brasil cuyo tema pairó en la importación de neumáticos usados y reciclaje. El Tribunal se acogió constitucionalmente en el o principio de la precaución, armonizado con los demás principios de la orden constitucional y económica, asimismo como el derecho a la salud, considerada como un bien no patrimonial.

Del análisis de la decisión se verifica que fue reconocido por mayoría el argüido de descumplido de precepto fundamental (al menos en lo que se refiere a la salud). Para la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, se encuentra asociada la salud de los hombres con la calidad y los elementos que componen el medio ambiente sano, aunque haya la permanente necesidad de ampliar la cultura colectiva de la población para ese debate.

Semejante preocupación de defensa al medio ambiente constató la Corte Suprema Brasileña cuando la investigación jurisprudencial es del término “medio ambiente”. En esa cosecha se han encontrado doscientos cuarenta y cinco (245) fallos y cuatro (4) de repercusión general en el sitio del Supremo Tribunal Federal.

RE 716963 RG / RS - RIO GRANDE DO SUL REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Julgado em 22/11/2012, Dje-241 DIVULG 07-12-2012 PUBLIC 10-12-2012

ARE 642827 RG / ES - ESPÍRITO SANTO REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, Julgado em 23/06/2011, Dje-167 DIVULG 30-08-2011 PUBLIC 31-08-2011 EMENT VOL-02577-02 PP-00282

RE 607109 RG / PR – PARANÁ REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, Julgado em 09/09/2010,

DJe-224 DIVULG 22-11-2010 PUBLIC 23-11-2010 EMENT
VOL-02436-02 PP-00340

RE 586224 RG / SP - SÃO PAULO REPERCUSSÃO
GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a):
Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, Julgado em
11/12/2008 DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-
2009 EMENT VOL-02347-13 PP-02567

Se han analizado solamente las ocurrencias de repercusión general en lo que concierne a los sumarios jurisprudenciales, y se constató una posición firme del Supremo Tribunal Federal por la preocupación constante que los daños causados al medio ambiente caminen hacia la “tolerancia cero”, en la que la protección al medio ambiente sano y equilibrado es indudablemente una cuestión de relevancia social reconocida.

En cuanto a la investigación de la referencia “estado socioambiental” no se ha encontrado ninguna ocurrencia jurisprudencial en el sitio del Supremo Tribunal Federal.

Al fin y al cabo, la Suprema Corte ha sido defensora y protectora de un medio ambiente ecológicamente sano y equilibrado, pero aún camina tímida en cuanto a la efectución de los derechos fundamentales comprendidos como derechos humanos. Cabe a las políticas públicas fundadas en la Constitución que se encarguen de esa efectución al punto de que se le atribuya al Poder Judicial un comprometimiento con la eficacia y la integridad de los derechos fundamentales.

Consideraciones finales

Es el ciudadano el destino final de la ley suprema, es en ella que se espeja la realidad social y aflicción del pueblo. La ocurrencia de injusticias sociales es frecuente: el acceso de los ciudadanos económicamente menos favorecidos a los servicios públicos esenciales es restricto, el acceso a la información es limitado y los problemas ambientales son frecuentes y camufla-

dos. Sin embargo, es el ciudadano bien informado que consigue visualizar y comprender los reales problemas ambientales del cotidiano, siendo agente activo y transformador en la sociedad, pudiendo ejercer un papel orientador y educador, para que se eviten daños y riesgos ambientales por falta de conocimiento o información de la población, contribuyendo así con el Poder Público en la reducción de litigios y conflictos, porque la vida depende del no abandono del conocimiento y de la instrucción de los hombres en la Tierra.

La función del Estado en la protección ambiental se fundamenta en los textos legales y en la Constitución de la República Federativa de Brasil, pero el desafío ambiental contemporáneo va más allá de positivizar normas disciplinantes y sancionadoras, porque el sentimiento de preservación y cuidado deberá estar inserido en las acciones individuales del hombre, en la responsabilización individual de forma justa, en el discernimiento para aplicación de la justicia con equidad, en la búsqueda constante de alternativas educativas para la efectiva precaución y prevención de la degradación ambiental y en el constante ejercicio de la justicia basada en la Teoría del Bien en la que la relación del hombre con el medio ambiente deberá ser equilibrada y saludable.

La justicia ambiental está vinculada a un Estado Socioambiental de Derecho de cuño universal, democrático, comunitario y existencial, en el que el deber de defender y proteger el medio ambiente es tanto del Poder Público como de los agentes sociales.

Su efectividad parte de la acción de dos frentes, la del Estado a través de políticas públicas eficientes y fomentadoras de participación popular atendiendo a las necesidades actuales y colectivas de la población y de la propia sociedad a través de acciones comunitarias y comunicativas donde la prevalencia del principio fundamental de la dignidad de la persona humana pueda ser reconocido y respetado por todos y por cada individuo de forma individual como un deber de autorrespeto y protección del propio hombre y del ambiente en el que vive.

Se habla tanto de la necesidad de dejar un planeta mejor para nuestros hijos y nos olvidamos de la urgencia de que dejemos hijos mejores para nuestro planeta, así la concepción: “cuando yo cambio, el mundo se transforma”, es el camino de la verdad y de la solidaridad a seguir, donde la valoración del ser deberá prevalecer en detrimento del tener y por donde la oxidación de la ignorancia no se alastre.

Se concluye por tanto que el hombre está en constante evolución en la sociedad, todas sus acciones generan consecuencias que podrán ser desastrosas o edificantes al medio en el que vive. De su relación con el ambiente depende su vida, su crecimiento depende de la búsqueda por el conocimiento científico y la práctica de buenas acciones es el designio del hombre en la obtención del sentido de justicia. De esa forma, la humanidad podrá caminar por sendas donde impere la paz, la fraternidad, la solidaridad, la verdad, la justicia y el respeto por la vida humana y ambiental en la Tierra.

Referencias

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Jorge Zahar., Rio de Janeiro, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY Eladio; CAPPELLI Sílvia. *Meio Ambiente e Acesso à Justiça. Flora, Reserva Legal e APP*. São Paulo: Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2007.

BITENCOURT, Caroline Muller. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Nuria Fabris., Porto Alegre, 2013.

BRAVO, Álvaro Sánchez; COSTA Marli Marlene Moraes da; LEAL Monia Clarissa Hening Leal; HERMANY Ricardo. *Derechos Sociales En Tiempos De Crisis*. España: Punto Rojo Libros, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Cadernos Democráticos n. 7. Fundação Mário Soares Lisboa: Gradiva, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LETTE José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5. Ed. Saraiva, São Paulo, 2012.

CUSTÓDIO, André Viana; BALDO Iumar Junior. *Meio Ambiente, Constituição & Políticas Públicas*. Curitiba: Multideia Editora Ltda, 2011.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos e Participação Política*. Vol. III. 1 ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2012.

HABERLE, Peter. ETSCHMANN A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal “. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

IRUJO, Antonio Embid. *El Derecho Al Agua*. Navarra: Aranzadi, 2006.

LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

MILARÉ, Édís, *Direito do Ambiente*, 2. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

MURDOCK, Mike. *O desígnio*. Central Gospel Ltda. Rio de Janeiro, 2012.

NALINI, José Renato. *Ética Ambiental*. Millennium, São Paulo, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional*. Tradução de Jose Luis Bolsan de

Morais, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PNUD – Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. Disponible en: <http://hdr.undp.org/en/mediacentre/humandevlopmentreportpresskits/2013report/>. Acceso el 02 de julio de 2013.

RBJA – Rede Brasileira de Justiça Ambiental. Disponible en <http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/>. Acceso el: 03 julio 2013.

REIS, Jorge Renato dos; CERQUEIRA, Katia Leão. *Interseções jurídicas entre o público e o privado*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2013.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHONARDIE, Elenise Felzke. *Ambiente e Justiça Ambiental*. Ijuí: Unijuí, 2011.

DIREITOS HUMANOS, JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS NA CONSTRUÇÃO DE UMA VIDA DIGNA SEGUNDO AMARTYA SEN

Gilmar Antonio Bedin¹
Joice Graciele Nielsson²

1. Introdução

A efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais é, hoje, um dos temas centrais da agenda política e das reflexões teóricas dos juristas preocupados com a materialização dos preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, vários estudos têm sido realizados e é comum o debate teórico a respeito dos conhecidos argumentos da reserva do possível, do princípio da separação dos poderes ou da impossi-

¹ Professor permanente do Curso de Mestrado em Direito Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí – e professor colaborador do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada - Uri. É autor de *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo* e *A Idade Média e o Nascimento do Estado Moderno*. Email: gilmarb@unijui.edu.br.

² Graduada em Direito. Mestranda do Curso de Desenvolvimento da Unijuí. Bolsista Capes. Email: joice.gn@gmail.com.

bilidade de controle judicial sobre a discricionariedade e o mérito administrativos.

Estes argumentos são relevantes, mas não deixam de revelar que se alicerçam numa visão de mundo fortemente marcada por um discurso liberal limitado, que restringe a possibilidade de efetivação dos direitos humanos. O discurso referido não leva, portanto, em consideração a construção teórica mais recente de que os direitos humanos são indivisíveis e serve para justificar opções econômicas e políticas que convivem com as desigualdades, exclusões e violações dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Neste sentido, o presente artigo opõe-se a tais argumentos, valendo-se do referencial teórico construído pelo economista indiano Amartya Sen sobre direitos humanos, justiça e desenvolvimento. Para o desenvolvimento desta temática, o pensamento de Sen traz grandes contribuições, pois, segundo este autor, os direitos humanos vinculam-se, intrinsecamente, com as liberdades reais (e não meramente formais) que formam o seu conteúdo. Desta forma, os direitos humanos são, para o autor pretensões éticas abertas ao pluralismo e à discussão pública, de maneira que sua eficácia e relevância só podem ser contestadas pela própria sociedade e seus mecanismos democráticos.

Além disso, os direitos humanos carregam em si, entende Sen, vários tipos de obrigações, tanto negativas quanto positivas, o que denuncia o equívoco de algumas correntes que defendem que é fundamental apenas buscar realizar os direitos considerados “negativos”.

2. Os Direitos Humanos e suas Duas Primeiras Gerações

A luta pelo reconhecimento dos direitos humanos possui já uma longa tradição histórica, datando seu nascimento do início da modernidade. Forjados durante os séculos XVII e XVIII,

juntamente com o desabrochar de uma concepção individualista de sociedade, os direitos humanos, até então denominados de direitos naturais, atingiram seu apogeu no século passado, quando passaram a assumir os contornos que conhecemos hoje.

Enquanto construção da modernidade, os direitos humanos materializaram-se numa expansão histórica gradual e sempre cada vez mais ampla, tendo como ponto de partida o processo de luta contra o poder (BOBBIO, 1992) e de busca de um sentido moral e ético para a humanidade. Neste sentido, lembra Ignacy Sachs (2004, p. 1), que nunca se

[...] insistirá o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos.

Assim, frutos de grandes batalhas históricas, os direitos humanos vão sendo lentamente reconhecidos e constitucionalmente institucionalizados em todos os países democráticos. Vencido este desafio inicial, permanece, na atualidade, a luta pela sua concretização. Neste sentido, é importante destacar que quanto maior torna-se a afirmação teórica dos direitos humanos como horizonte de sentido moral e ético a orientar as relações humanas, maiores também se apresentam os questionamentos sobre as alternativas existentes para tornar estes direitos reais na vida de um maior número de pessoas em todo o mundo. Antes de abordar este tema, é fundamental resgatar alguns aspectos de sua história.

A doutrina convencionou apresentar a evolução histórica dos direitos humanos através de suas gerações. A primeira versão dos direitos foi a dos direitos liberais de “primeira geração”, inspirados no contratualismo de cunho individualista, e que visam proteger a esfera individual dos cidadãos contra os abusos do Estado (BOBBIO, 1992). Tais direitos, segundo afirma Bedin (2002), podem ser denominados de direitos civis ou liberdades civis básicas, sendo aqueles que estabelecem um

marco divisório entre a esfera pública e a esfera privada. São os chamados direitos negativos, estabelecidos contra o Estado, e surgidos e positivados através das revoluções burguesas do final do século XVIII e suas Declarações.

A segunda geração de direitos – direitos econômicos, sociais e culturais – foi incorporada à agenda dos direitos humanos no início do século passado, no contexto do desenvolvimento do constitucionalismo social e da grande pressão dos movimentos dos trabalhadores. Estes direitos são direitos positivos e somente se realizam por meio do Estado (BEDIN, 2002). Fruto das ideias socialistas, estes direitos, diferentemente dos oriundos da tradição liberal, passaram a exigir uma intervenção do Estado na sociedade, com o objetivo de criar condições materiais mais favoráveis e não contempladas pelos direitos civis.

Ocorre que, na atualidade, existe um debate “específico sobre a inclusão dos chamados ‘direitos sociais e econômicos’ e, às vezes, chamados de ‘direitos de bem-estar’, como categoria dos direitos humanos” (SEN, 2011, p. 413). Esses direitos, que seus defensores veem como importantes direitos ‘de segunda geração’, como um direito comum aos meios de subsistência ou ao atendimento médico, foram, em sua maioria, acrescentados em data relativamente recente a listagens anteriores de direitos humanos (notadamente na segunda década do século 20) e ampliaram muito o campo dos direitos humanos.

Embora estes direitos não apareçam nas apresentações clássicas dos direitos humanos, como, por exemplo, na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, ou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França de 1798, em larga medida fazem parte do domínio contemporâneo da ‘revolução dos direitos’. (SEN, 2011, p. 413).

Um grande marco nesta área foi a publicação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, de 1948. A publicação desta declaração concretizou uma profunda mudança do ideário dos direitos humanos, passando abranger sob sua égide uma lista muito maior de pretensões e liberdades. Ela inclui não só direitos políticos básicos, mas tam-

bém o direito ao trabalho, o direito à educação, a proteção contra o desemprego e a pobreza, o direito de sindicalização e mesmo o direito a uma remuneração justa e favorável. É um avanço radical, muito além dos limites estritos da Declaração da Virgínia, de 1776 ou da Declaração Francesa, de 1789.

Neste sentido, a Declaração de 1948, para Flávia Piovesan, inovou a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade de suas gerações.

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. (PIOVESAN, 2011, p. 208).

Neste sentido, nos lembra Sen (2011), que a política mundial de justiça da segunda metade do século XX passou a se envolver cada vez mais com esses direitos de segunda geração. De fato, a natureza do diálogo global e dos tipos de reflexão racional na nova era, produziram uma interpretação muito mais ampla das instâncias de ação e do conteúdo das responsabilidades em escala mundial. Por isso, a busca da eliminação mundial da pobreza e de outras carências sociais e econômicas (junto com a questão do desenvolvimento) se tornaram o tema central da luta a favor dos direitos humanos.

O rápido aumento do interesse por esse tema também teve um impacto nas reivindicações de reformas políticas e em uma série de documentos jurídicos internacionais produzidos a partir de então. De acordo com Hector Gros Espiell,

Só o reconhecimento integral de todos estes direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que, sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação. Esta ideia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, amplia e sistematiza em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e se reafirma definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembleia Geral em 1966, e em vigência desde 1976, na Proclamação de Teerã de 1968 e na Resolução da Assembleia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais (Resolução n. 32/130). (Espíell, 1986, p. 16-17).

No mesmo sentido, o reconhecimento global da pobreza endêmica e da desigualdade sistêmica como sérias preocupações dos direitos humanos exerceu “pressão nos países individuais para a realização de reformas democráticas internas e deixou clara a necessidade de diretrizes institucionais internacionais mais justas e eficazes” (Deen Chatterjee, apud SEN, 2011, p. 416).

Por tudo isso, os direitos de segunda geração passaram a exercer uma influência significativa sobre a agenda das reformas institucionais e para o cumprimento das obrigações globais imperfeitas. A inclusão dos direitos de segunda geração permite integrar as questões éticas subjacentes a ideias gerais de desenvolvimento global e as reivindicações da democracia deliberativa, ambas ligadas aos direitos humanos e usualmente ao reconhecimento da importância em aprimorar as capacidades humanas (SEN, 2011, 2000).

Cabe notar quanto a esta evolução histórica que, como bem lembra Flávia Piovesan (2004, p. 27), no campo dos valores, em matéria de direitos humanos, uma divisão ideológica esteve no cerne de uma intensa disputa. A consequência de um sistema internacional de polaridades definidas – Leste/Oeste, Norte/Sul – foi a batalha ideológica entre os direitos civis e políticos (herança liberal patrocinada pelos Estados Unidos) e direitos econômicos, sociais e culturais (herança social patrocinada pela então União Soviética).

Neste sentido, impreterível destacar que, “antes de ser um problema jurídico, a questão da realização dos direitos sociais prestacionais é um problema filosófico” (RODRIGUES, 2009, p. 44). Se tomarmos por base tal afirmação, devemos considerar que, na atualidade da discussão deste tema, ainda está premente a divisão entre direitos liberais e sociais, cuja causa se funda no conflito (mal resolvido) entre diferentes teorias de justiça (SEN, 2004, p. 318).

Neste sentido, cabe notar que várias correntes jusfilosóficas guardam ideais específicos de justiça como critérios de admissão da fundamentalidade dos direitos (RODRIGUES, 2009, p. 44). Assim as concepções liberais e as socialistas foram as que mais influenciaram a trajetória expansiva dos direitos humanos na perspectiva internacional no decorrer da história do constitucionalismo moderno (BONAVIDES, 2003. p. 562-5). Em poucas palavras, as primeiras declarações conceberam os direitos de 1ª dimensão (ou direitos liberais), as segundas os direitos de 2ª dimensão (ou direitos sociais).

Para as correntes liberais clássicas, a ideia de direitos fundamentais encontra-se presente na garantia de “não-ingerência” (do Estado e de outros particulares) sobre a esfera de liberdade do indivíduo (SARLET, 2004, p. 181). Em reforço a esta tese (não-ingerência), edificaram-se as doutrinas libertárias, exacerbando como critério único de justiça o respeito à “condição de universalização”, princípio lógico que sustenta que os únicos direitos possíveis são aqueles que prescrevem deveres indepen-

dentemente de consequências, que todos devem respeitar sem qualquer exceção (SEN, 2000, p. 86).

Em contraposição ao liberalismo, as correntes socialistas (ou socializantes) dão ênfase à ideia de que os direitos devem garantir de fato a liberdade do indivíduo, sendo insuficiente uma juridicidade que apenas declare que um sujeito é igual e livre sem verificar se realmente ele goza desse *status*. Igualdade real em confrontação à igualdade meramente formal.

No entanto, estas inclusões mais recentes de direitos humanos, têm ficado sujeitas a contestações das mais variadas. Muitos dos críticos, de hoje, aos direitos sociais, econômicos e culturais parecem abraçar a concepção formalista liberal dos direitos humanos, uma vez que admitem como fundamentais apenas os direitos de primeira geração.

O que pretendem tais autores, ao separar direitos sociais, econômicos e culturais dos direitos civis e políticos, é “realizar a separação entre liberdade e justiça, como sendo esta o meio para aquela” (RODRIGUES, 2009, p. 45). Porém, tal separação, segundo o autor, em termos substanciais, é impossível, principalmente se tomarmos em consideração a teoria dos direitos humanos de Amartya Sen, cujo principal fundamento é justamente o significado de liberdade que forma a essência destes direitos e de sua concepção de justiça.

Neste sentido, é importante destacar que a teoria dos direitos humanos de Sen vincula-se a uma perspectiva bem ampla de liberdade, cujo conceito, calcado nas oportunidades reais de um indivíduo para levar uma vida digna e livre (SEN, 2011), ultrapassa muito o conceito liberal e destaca que uma separação entre justiça e liberdade só é possível se esta última for considerada em termos meramente formais. Em outras palavras, há uma clara indicação de que a concepção de uma teoria da justiça, necessariamente, influencia uma concepção de liberdade, e vice-versa (SEN, 2000).

3. A Relevância dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Como já observamos, os direitos econômicos, sociais e culturais vem sofrendo, ao longo dos tempos, uma série de críticas quanto à sua inclusão na categoria dos direitos humanos. Para melhor compreensão e refutação destas críticas, Amartya Sen aprofunda a sua reflexão a partir de duas linhas específicas de contraposição, as quais ele denomina de “crítica da institucionalização” e “crítica da exequibilidade” (2011, p. 416).

A crítica da institucionalização, que visa em especial aos direitos econômicos e sociais, está ligada à crença de que os direitos reais devem se desenvolver numa relação de correspondência exata com os respectivos deveres formulados com precisão. O argumento comum de que essa correspondência só existe se um direito for institucionalizado.

Neste ponto, cabe trazer a constatação de Sen a respeito da necessidade de se compreender os direitos, quando de sua aplicação, não somente sob o ponto de vista das demandas éticas que traduzem, mas também sob o enfoque das obrigações (ou funções) que geram. Neste sentido, para responder a essa crítica Sen invoca a noção de que as obrigações podem ser perfeitas ou imperfeitas, apresentando, com base nos estudos sobre a moral de Kant, a diferenciação entre “obrigações perfeitas”, que apresentam ações específicas, e “obrigações imperfeitas”, que indicam apenas objetivos gerais. (2011, p. 409).

Note-se que, como nos lembra Rodrigues, (2009, p. 49), os conceitos de obrigações perfeitas e imperfeitas, utilizados por Sen, relacionam-se com os de “dimensão negativa” (defesa) ou “positiva” (prestações) dos direitos fundamentais usados por Sarlet (2004, p. 219). Considerando uma obrigação em abstrato, são as omissões (dimensão negativa) o núcleo das obrigações perfeitas, vez que elas sempre se aplicam a todas as situações, e as ações (dimensão positiva) o centro das obrigações imperfeitas, porquanto para estas não existe, em princípio, nenhuma

regra que indique exatamente como alguém deve agir. Apesar desta distinção, para Sen, ambas as categorias de direitos possuem igual importância, de maneira que não é possível negligenciar a realização das obrigações imperfeitas apenas porque elas não são determináveis em abstrato (2011).

Para Sen (2011, p. 417),

[...] mesmo os direitos clássicos de ‘primeira geração’, como a liberdade de não ser atacado, podem ser vistos como geradores de obrigações imperfeitas aos outros. Da mesma forma, os direitos sociais e econômicos levam a obrigações perfeitas e imperfeitas.

Ou seja, todos os direitos, sem exceção, prescrevem obrigações tanto perfeitas quanto imperfeitas. É só imaginar, de acordo com Rodrigues (2009) a partir da classificação dos direitos fundamentais, acima apresentada por Sarlet, os direitos de defesa clássicos (liberdades diversas, religiosa, de expressão, participação política, etc., vida, propriedade) sem qualquer prestação em sentido amplo ou em sentido estrito (prestações materiais). Sem qualquer violação a tais direitos, parece que eles logram ser usufruídos normalmente, mas e se eles forem violados? Ou se sofrerem ameaça de violação? Nesse caso, segundo o autor, percebe-se sem demora que sem outras prestações (obrigações), tais como normativas, para o desestímulo a transgressões legais, e materiais, como a edificação de aparatos burocráticos representados nas estruturas das funções estatais (legislativa, executiva e judiciária), pouca coisa restaria para a garantia de tais direitos. (RODRIGUES, 2009).

Flávia Piovesan (2011, p. 213) concorda com tal argumento e afirmar que tanto os direitos

[...] sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se asseguram direitos civis clássicos, co-

mo os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo.

Basicamente, com a constatação de Sen de que qualquer direito encerra vários tipos de obrigações (tanto obrigações perfeitas quanto imperfeitas) considera-se equivocada a tese de que os direitos sociais, econômicos e culturais que não envolvem o mínimo existencial não são fundamentais porque são direitos instituídos no Estado, ao passo que os verdadeiramente fundamentais são, somente, os direitos pré-estatais (os direitos de primeira geração), para os quais bastaria a abstenção.

Nesse ponto, cabe ainda destacar a importância que Sen atribui à relação de indivisibilidade de todos os direitos, bem como ao exercício dos direitos civis e políticos em um ambiente plenamente democrático (em que se viabilizem a participação política, diálogo e interação pública, conferindo o direito à voz aos grupos mais vulneráveis (2011).

Para ele, o pleno exercício dos direitos políticos pode implicar o “empoderamento” das populações mais vulneráveis e o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas. Os direitos políticos (incluindo a liberdade de expressão e de discussão) são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas também centrais para a própria formulação dessas necessidades econômicas (2000).

Neste sentido, mesmo não possuindo uma autoaplicabilidade imediata, os direitos econômicos, sociais e culturais oferecem um “vasto campo de debate público fecundo e possivelmente de pressão efetiva” sobre o que pode fazer uma sociedade ou um Estado – mesmo que com baixos níveis de desenvolvimento – para impedir violações de certos direitos sociais, econômicos e culturais fundamentais (associados, por exemplo, à fome, à subnutrição crônica ou à falta de assistência médica). (SEN, 2011, p. 417).

Isto não significa desconhecer a importância das instituições para concretizar os direitos sociais, econômicos ou culturais, mas a significação ética desses direitos oferece boas razões para tentar concretizá-los por meio de seu trabalho de pressionar ou contribuir para mudanças nas instituições e nas atitudes sociais. De acordo com Sen (2010, p. 428) “negar o estatuto ético dessas pretensões seria ignorar o raciocínio que desencadeia essas atividades construtivas, inclusive o trabalho de pressão para mudanças institucionais”.

Por sua vez, uma segunda crítica dirigida à fundamentabilidade dos direitos sociais é, segundo Sen, a crítica da exequibilidade, que parte do argumento de que, mesmo com os melhores esforços, talvez não seja possível concretizar muitos dos direitos sociais, econômicos e culturais. É uma crítica que “toma por base o pressuposto, em larga medida não fundamentado, de que os direitos humanos para ser coerentes, tem de ser inteiramente e imediatamente realizáveis para todos” (SEN, 2011, p. 429). Se se aceitasse esse pressuposto, o efeito imediato seria remover muitos dos ditos direitos de bem-estar social do campo dos direitos humanos possíveis, sobretudo nas sociedades mais pobres.

Isto é, para Amartya Sen, inaceitável, uma vez que se baseia numa confusão sobre o conteúdo que um direito eticamente reconhecido necessita reivindicar. Claro é que os defensores dos direitos humanos querem que tais direitos sejam reconhecidos e realizados ao máximo. Tal abordagem não deixa de ser viável apenas porque outras mudanças sociais podem vir a ser necessárias, em algum momento, para ampliar o número desses direitos reconhecidos que passam a ser plenamente realizáveis e efetivamente realizados. Cabe lembrar aqui que, para Sen, a afirmação dos direitos humanos é um chamado à ação – um chamado à mudança social – e não depende de uma exequibilidade preexistente.

De fato, se a exequibilidade fosse condição necessária para que as pessoas terem algum direito, não só os direitos sociais, econômicos e culturais, mas todos os direitos – inclusive o direito às liberdades formais – seriam inviabilizados, tendo em vista

da impossibilidade de proteger a vida e a liberdade de todos contra a transgressão. De acordo com o autor (2011, p. 419),

Garantir que toda pessoa fique em paz nunca foi especialmente fácil. Não podemos impedir a ocorrência de um assassinato aqui ou ali, dia sim, dia não. Nem, com nossos melhores esforços, podemos deter todas as matanças em massa, como os massacres em Ruanda em 1994, em Nova York em 11 de setembro de 2011, ou em Londres, Madri, Bali e Mumbai em data mais recente. O equívoco de rejeitar as pretensões de direitos humanos com base no fato de não serem plenamente exequíveis é que um direito não realizado por inteiro ainda continua a ser um direito, demandando uma ação que remedie o problema. A não realização, por si só, não transforma um direito reivindicado num não direito. Pelo contrário, ela motiva uma maior ação social.

Por fim, é importante ainda abordar o argumento comumente utilizado que os direitos sociais, econômicos e culturais não são autoaplicáveis. Neste sentido, lembra Amartya Sen que nenhum direito é plenamente autorealizável, em especial se levarmos em consideração que muitos direitos se alicerçam em obrigações imperfeitas. Neste sentido, para Sen, (2011) se formos pressupor que a garantia completa e detalhadamente a realização de um direito fosse entendida como uma condição necessária de vigência de todo direito, então não apenas os direitos de bem-estar social, mas também as liberdades, autonomias e até mesmo os direitos políticos também não poderiam ser realizados e considerados cogentes.

Assim, é fundamental ter clareza que para Amartya Sen, a exclusão de todos os direitos sociais, econômicos e culturais do “santuário interior dos direitos humanos”, reservando espaço apenas para as liberdades formais e outros direitos de primeira geração, procura “traçar na areia uma linha difícil de manter [e funcionam como justificativas para sua desconsideração ou para a sua não efetivação]”. (2010, p. 419-420).

4. Os Desafios Atuais dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais

Parece-nos claro que, compartilhando do entusiasmo de Flavia Piovesan, nos dias atuais, em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que a geração dos direitos civis e políticos merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto que a classe dos direitos sociais, econômicos e culturais, ao contrário, não merece qualquer observância. Para ela (2011, p. 210),

Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.

No entanto, é imprescindível destacar que a comunidade internacional continua a tolerar frequentes violações aos direitos sociais, econômicos e culturais, que causariam imediata reação internacional se fossem verificadas contra direitos civis e políticos. Apesar da retórica, continuamos a vivenciar as mais sérias e intoleráveis negações à um mínimo de dignidade e condições de vida, com resultado da parcial ou completa ausência de presença governamental e de políticas públicas capazes de responder à graves problemas sociais (BEDIN, 2002).

Nesta lógica, governos continuam a adotar o discurso teórico liberal a fim de justificar a sua total omissão frente a graves violações de direitos, apesar da clara responsabilidade de lhes incumbe no sentido de respeitar, proteger e implementar todos os direitos humanos, principalmente os direitos econômicos, sociais e culturais. Além da construção de uma profunda argumentação teórica capaz de refutar tais alegações, como propõe Amartya Sen, necessário também a adoção de medidas práticas

que promovam a implementação imediata de tais direitos e de políticas públicas voltadas para sua efetivação.

Por isso, frente a tal realidade, concordamos com Flávia Piovesan quando esta afirma que existem uma série de desafios a serem enfrentados na teoria e prática dos direitos humanos para que a finalidade de sua implementação seja alcançada. Dentre estes desafios apresentados pela autora, (2011), destacamos quatro, quais sejam: assegurar o reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais na ordem constitucional com a previsão de instrumentos e remédios constitucionais que garantam sua justiciabilidade.

Neste sentido, é fundamental que o marco jurídico constitucional de cada país acolha a concepção contemporânea de direitos humanos, endossando a visão integral destes direitos, baseada na indivisibilidade, interdependência e inter-relação entre direitos civis e políticos e dos direitos sociais, econômicos e culturais. Em decorrência desta visão integral dos direitos humanos,

[...] o devido reconhecimento constitucional aos direitos sociais surge como medida imperativa, bem como a previsão de remédios que assegurem a sua proteção, em casos de violação. A proteção aos direitos sociais requer a existência de remédios efetivos voltados à sua garantia, enfatizando a fórmula “there is no right without remedies”. Neste sentido, o papel das Cortes não é o de formular políticas públicas em matéria de direitos sociais, mas o de fiscalizar, supervisionar e monitorar tais políticas considerando os parâmetros constitucionais e internacionais. (PIOVESAN, 2011, p. 223).

Em segundo lugar, o desafio de se garantir uma prioridade orçamentária para a implementação dos direitos sociais, impulsionar o componente democrático no processo de implementação dos direitos sociais, e, por fim, fortalecer o princípio da cooperação internacional em matéria de direitos sociais.

Mediante a elaboração de uma teoria de direitos humanos e de justiça que leve em consideração as necessidades reais para a concretização de uma vida digna às pessoas, bem como com a

adoção das medidas citadas nos ordenamentos jurídicos atuais, poderá se tornar palpável a construção de um mundo com menores níveis de desigualdades entre as pessoas e com a superação de carências e exclusões das mais variadas ordens.

5. Conclusão

O presente artigo buscou demonstrar, tomando por base os estudos desenvolvidos por Amartya Sen, que direitos humanos são pretensões éticas constitutivamente associadas às liberdades humanas reais (e não meramente formais), de modo que cada um deles carregam consigo variados tipos de obrigações, tanto positivas quanto negativas ou perfeitas e imperfeitas, fato este que contesta a possibilidade de um conjunto de direitos ter preferência sobre outros direitos.

No entanto, mesmo diante de tais afirmações teóricas, é possível ainda verificar que, diante do cenário de crise mundial e da prevalência das doutrinas econômicas mais ortodoxas, os primeiros direitos a serem relativizados são os direitos sociais, econômicos e culturais. Este fato revela que continua a ser utilizados critérios excessivamente liberais na defesa dos direitos humanos e que este fato permite que o recurso à políticas econômicas restritivas sejam facilmente justificadas e padrões de vida reduzidos. Estas escolhas são, inclusive, juridicamente amparadas pelas decisões dos tribunais.

Desta forma, é necessário insistir na contraposição teórica a tais concepções, como o faz o professor Amartya Sen, destacando a vinculação indissociável existente entre direitos humanos, justiça e desenvolvimento. Além disso, é importante lutar pela constituição de mecanismos práticos que possam ir tornando tais direitos plenamente aplicáveis, sob pena de violação cada vez mais constante do direito fundamental da vida humana.

Isto porque, se considerarmos como objetivo de longo prazo a constituição de níveis de desenvolvimento mais adequados

– seja nacional ou global –, isto pressupõe a garantia de um nível satisfatório de suprimento das carências humanas e de desenvolvimento das capacidades moralmente básicas de todos, seja a nacionalidade, a etnia, a religião, a idade, o sexo ou a orientação sexual. Alcançar este objetivo só será possível com a efetivação dos direitos de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais).

Neste sentido, não podemos nos esquecer que, como lembra Flávia Piovesan (2011), se os direitos humanos são uma construção histórica, as violações que estes vem sofrendo também o são e podem ser superadas. As violações, as exclusões, as injustiças são uma construção histórica que devem ser desconstruídas, sendo fundamental o enfrentamento da cultura que naturaliza, banaliza e entende plenamente suportáveis os níveis de desigualdades e de exclusão social existentes atualmente em diversas partes do mundo.

6. Referências Bibliográficas

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11 ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. A teoria dos direitos fundamentais. In: **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ESPIELL, H.G. 1986. Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano. San José, Libro Libre.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos**. In SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 1, n. 1. 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune sul-americano**. 2011. Disponível em:

<<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/122.pdf>>. Acesso em 29 abril 2012.

SACHS, Ignacy. **Direitos humanos, desenvolvimento e cidadania**. 2004. Disponível em: <http://www.voceapita.com.br/professor/referencia/direitos/direitos_fundamentais1.doc>. Acesso em: 23 abril 2012.

RODRIGUES, Daniel dos Santos. **Fundamentalidade dos Direitos Sociais Prestacionais e a Teoria de Direitos Humanos de Amartya Sen**. 2009. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/648/612>>. Acesso em: 02 maio 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. **Elements of a theory of human rights**. In: *Philosophy and public affairs*, 32, 4, p. 315-356, Fall 2004. Disponível em: <<http://www.mit.edu/~shaslang/mprg/asenETHR.pdf>>. Acesso em: 16 abril 2012.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

O CONCEITO DE MEIO AMBIENTE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Talden Farias¹

1 Introdução

Nos últimos anos o meio ambiente e suas questões tem sido objeto de debate pela academia e pela imprensa possivelmente mais do que qualquer outro tema. Com efeito, a cada dia os problemas ambientais são maiores em dimensão e em número, destacando-se como os mais urgentes a escassez de água potável, o aquecimento global, o buraco na camada de ozônio, o processo de desertificação e de erosão do solo, a extinção de espécies animais e vegetais e a falta de tratamento dos resíduos de todas as ordens.

É dentro desse panorama de crise ambiental (BENJAMIN: 2012) que o Direito Ambiental tem se firmado como um campo do conhecimento capaz de oferecer instrumentos materiais e processuais na luta contra a degradação e a poluição. Contudo, a extensão do objeto desse ramo da Ciência Jurídica, bem como a aplicabilidade dos seus institutos e instrumentos, depende da

¹ Advogado e professor da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, doutorando em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e doutor em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande.

delimitação do conceito de meio ambiente na ordem jurídica brasileira.

A Constituição de 1988 não estabeleceu o conteúdo do conceito de meio ambiente, determinando apenas a sua proteção, ficando essa tarefa a cargo da doutrina, da jurisprudência e da legislação infraconstitucional. A procura pela determinação desse conceito deve obedecer aos ditames constitucionais, que consagram a defesa desse bem como valor fundamental. Afinal de contas, é óbvio que a opção do legislador constituinte originário por uma conceituação em aberto não foi aleatória, pois objetivava fazer com que a atualização de tal conteúdo ocorresse sem que a Carta Magna tivesse de sofrer emendas, seguindo o natural processo de mutação constitucional (CANOTILHO: 2003).

Assim, o objetivo deste trabalho é tentar identificar o conceito de meio ambiente na ordem jurídica atual, notadamente a partir da doutrina, da jurisprudência e da legislação infraconstitucional, para que dessa maneira seja determinada a área de atuação do Direito Ambiental brasileiro. Com isso, pretende-se contribuir para a quebra da visão limitada que a maior parte da população, e muitos operadores do Direito, têm a respeito do assunto. É claro que uma concepção parcial do meio ambiente certamente contribui para que o Poder Público e a coletividade atuem nessa matéria de maneira limitada e insatisfatória.

2 O conceito de meio ambiente na ordem jurídica brasileira

A doutrina brasileira na área de Direito Ambiental é praticamente unânime ao afirmar que a expressão meio ambiente, por ser redundante, não é a mais adequada, posto que ‘meio’ e ‘ambiente’ são sinônimos. Com efeito, enquanto meio significa “lugar onde se vive, com suas características e condicionamentos geofísicos; ambiente”, ambiente é “aquilo que cerca ou envolve os seres vivos ou as coisas” (FERREIRA: 1999). Por isso se

utiliza em Portugal e na Itália apenas a palavra ‘ambiente’, à semelhança do que acontece nas línguas francesas, com milieu, alemã, com umwelt, e inglesa, com environment (FREITAS: 2001).

A despeito disso, o uso consagrou esta expressão de tal maneira que os técnicos e a própria legislação terminaram por adotá-la. A Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e institui o Sistema Nacional do Meio Ambiente, não apenas acolheu como precisou a terminologia ao dispor no inciso I do art. 3º que o meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A terminologia se consagrou definitivamente ao ser positivada pela Constituição da República de 1988 em diversos dispositivos, recepcionando e atribuindo àquela o sentido mais aberto possível. Em vista disso, a doutrina brasileira na área de Direito Ambiental passou, com fundamentação constitucional, a dar ao meio ambiente um número ainda maior de aspectos e de elementos envolvidos. A Carta Magna de 1988 ampliou o conceito jurídico de meio ambiente dado pela Lei n. 6.938/81, a ponto de criar um verdadeiro subsistema jurídico-ambiental, tendo sido por isso apelidada de ‘Constituição verde’ (MILARÉ, 2013).

No entender de Paulo Affonso Leme Machado (2009) a referida lei definiu o meio ambiente da forma mais ampla possível, fazendo com que este se estendesse à natureza como um todo de um modo interativo e integrativo. Isso significa que a legislação finalmente encampou a idéia de ecossistema, que é a unidade básica da Ecologia, passando cada recurso ambiental a ser considerado como sendo parte de um todo indivisível, com o qual interage constantemente e do qual é diretamente dependente.

Essa visão remonta ao conceito de ecossistema, que é a unidade fundamental do meio físico e biótico, em que coexistem de forma integrada e sistêmica uma base inorgânica e uma base orgânica gerando produtos específicos. Isso demonstra claramente a preocupação do legislador com o equilíbrio entre as espécies e o seu habitat (MIRRA: 1994).

Sendo a coesão e a interdependência as principais características de um ecossistema, em sentido amplo tanto uma floresta quando uma árvore ou mesmo uma folha se enquadram nesse conceito (CAPRA: 1997). A Terra é um ecossistema e seus elementos estão em constante interação, de maneira que um desrespeito ao planeta é também um desrespeito a tudo que integra o planeta, inclusive o ser humano.

Helita Barreira Custódio entende que meio ambiente é o “conjunto tanto de circunstâncias e de relações recíprocas reguladas pelas leis naturais de ordem física, química e biológica como de fatores sócio-econômico-culturais” (2005, p. 82). Já Tiago Fensterseifer trabalha a seguinte conceituação:

Conforme se pode apreender do texto constitucional, o objeto de tutela do ambiente aponta para quatro direções ou dimensões distintas, mas necessariamente integradas. Assim, pode-se distribuir o bem jurídico ambiental em: a) ambiente natural ou físico, que contempla os recursos naturais de um modo geral, abrangendo a terra, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna e o patrimônio genético; b) ambiente cultural, que alberga o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, arqueológico e turístico; c) ambiente artificial ou criado, que compreende o espaço urbano construído, quer através de edificações, quer por intermédio de equipamentos públicos; e também d) ambiente do trabalho, que integra o ambiente onde as relações de trabalho são desempenhadas, tendo em conta o primado da vida e da dignidade do trabalhador em razão de situações de insalubridade e periculosidade (arts. 7º, XXII, XXIII e XXXIII; e 200, II e VIII, do texto constitucional de 1988). (2008, p. 164)

Para Arthur Migliari o meio ambiente é a “integração e a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, culturais e do trabalho que propiciem o desenvolvimento equilibrado de todas as formas, sem exceções” (2003, p. 34). Essa conceituação foi tão bem absolvida pela jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal próprio já a consagrou:

A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de mo-

tivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (ADI-MC 3540, Relator Ministro José Celso de Mello Filho).

Isso significa para a quase totalidade da doutrina brasileira na área de Direito Ambiental o conceito de meio ambiente na ordem jurídica brasileira é organizado da seguinte forma: meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho. A própria legislação infra-legal absorveu tal conceito ao definir o meio ambiente no Anexo da Resolução n. 306/2002 do CONAMA como o “conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

É claro que essa classificação atende a uma necessidade meramente metodológica, ao facilitar a identificação da atividade agressora e do bem ambiental diretamente degradado, tendo em vista que o meio ambiente por essência é unitário. Como afirma Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2009), independentemente dos seus aspectos e das suas classificações a proteção jurídica ao meio ambiente é uma só e tem sempre o mesmo e único objetivo de proteger a vida e a qualidade de vida.

A doutrina tem começado a incluir como novo elemento nessa classificação o meio ambiente genético ou patrimônio genético (TRENNEPOHL, 2010), o qual deve compreender as informações de origem genética oriundas dos seres vivos de todas as espécies, seja animal, vegetal, microbiano ou fúngico. Em face disso, cada um desses aspectos ou desdobramentos será analisado em seguida de forma detalhada.

2.1 Meio ambiente natural

O meio ambiente natural, ou físico, é constituído pelos recursos naturais, que são invariavelmente encontrados em todo o planeta, ainda que em composição e em concentração diferente, e que podem ser considerados individualmente ou pela correlação recíproca de cada um destes elementos com os demais. Os recursos naturais são normalmente divididos em elementos abióticos, que são aqueles sem vida, como o solo, o subsolo, os recursos hídricos e o ar, e em elementos bióticos, que são aqueles que têm vida, a exemplo da fauna e da flora.

Tal aspecto, que é o imediatamente ressaltado pelo citado inciso I do art. 3º da Lei nº. 6.938/81, traduz o que a maior parte da população conhece por meio ambiente e o que de fato abarca a maioria das questões que dizem respeito ao assunto. Dentre essas questões se pode destacar as emissões de poluentes atmosféricos emitidas pelas indústrias, a destruição da camada de ozônio, o gerenciamento da zona costeira, a gestão de bacias hidrográficas, o despejo de resíduos na água, os vazamentos de óleo em alto-mar, a devastação das matas ciliares, o desguarnecimento da vegetação de cabeceiras, a ocupação de áreas de mananciais e de nascente, a desertificação, o uso de agrotóxicos, a substituição das florestas por campos e pastagens, a construção de represas e a instalação de monoculturas em áreas altamente agricultáveis, a atividade mineradora e a restituição do meio ambiente, a proteção das florestas, a criação de áreas de especial proteção, a preservação de biomas ameaçados como a caatinga, o pantanal, a floresta amazônica, o problema da extinção dos animais, o combate ao tráfico de animais, a regulamentação da caça e da pesca, a criação de instituições oficiais de finalidade científica e de zoológicos e a defesa da integridade genética etc.

Por vezes expressões como 'direito da água', 'direito do ar', 'direito da fauna', 'direito da flora', 'direito do solo' e 'direito do subsolo' são utilizadas com o intuito de designar o que seriam os sub-ramos do Direito Ambiental que disciplinariam as temáticas citadas. Contudo, não existe rigor epistemológico para essa clas-

sificação, visto que cada um desses tópicos não apenas diz respeito aos demais como é diretamente interdependente deles, isto é, não se defende a água sem se proteger a flora e ao se defender a flora se está protegendo também a fauna.

2.2 Meio ambiente artificial

O meio ambiente artificial é o construído ou alterado pelo ser humano, sendo constituído pelos edifícios urbanos, que são os espaços públicos fechados, e pelos equipamentos comunitários, que são os espaços públicos abertos, como as ruas, as praças e as áreas verdes. Embora esteja ligado diretamente ao conceito de cidade, o conceito de meio ambiente artificial abarca também a zona rural, referindo-se simplesmente aos espaços habitáveis pelos seres humanos, visto que nele os espaços naturais cedem lugar ou se integram às edificações urbanas artificiais (FIORILLO: 2009). Alguns autores têm preferido utilizar Direito Ambiental Artificial, ao invés de Direito Urbanístico, visto que aquela denominação é menos restritiva e tem uma maior relação com conceitos como qualidade de vida e vida sustentável.

A consideração do meio ambiente e da qualidade de vida nas zonas urbanas é deveras importante, tendo em vista que grande parte da população mundial vive nessas regiões. Segundo os dados apresentados pelo jornalista Washington Novaes (2001), mais de 80% da população brasileira vive em zonas urbanas. Entre as questões relacionadas ao meio ambiente artificial, podemos citar a construção em áreas de preservação permanente, como topos de morro, encostas e beiras de rios, o trânsito, a poluição causada pelos veículos automotivos, a poluição sonora causada pelos carros de propaganda e pelas busi-nas, falta da aplicação do plano diretor, a criação e estruturação de áreas de lazer, a falta de saneamento básico, falta de planejamento habitacional, falta de áreas verdes urbanas má conservação das existentes, a disposição do lixo urbano, os lixões, o despejo de resíduos hospitalares nos rios e matas, má conser-

vação das áreas de uso comum do povo de uma maneira geral, conservação das paisagens urbanas.

2.3 Meio ambiente cultural

O meio ambiente cultural é o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, ecológico, científico e turístico e constitui-se tanto de bens de natureza material, a exemplo de construções, lugares, obras de arte, objetos e documentos de importância para a cultura, quanto imaterial, a exemplo de idiomas, danças, mitos, cultos religiosos e costumes de uma maneira geral. A razão para essa especial proteção é que o ser humano, ao interagir com o meio onde vive, independentemente de ser um lugar antropizado ou não, atribui um valor especial a determinados bens, que passam a servir de referência à identidade de um povo ou até de toda a humanidade. Eis como a Constituição Federal dispõe sobre o assunto:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artísticas-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O meio ambiente cultural pode ser enquadrado como meio ambiente artificial, em se tratando de edifícios urbanos e de equipamentos comunitários que são ou estão para ser tombados. Isso engloba conjuntos como as cidades antigas de Minas Gerais, a exemplo de Diamantina e Ouro-Preto, e a parte antiga de

Olinda e do Recife, em Pernambuco, além de construções individualizadas que por um motivo estético ou histórico sejam considerados patrimônio cultural. E pode ser enquadrado também como meio ambiente natural, no caso de cavernas com formações geológicas interessantes, de pedras com inscrições rupestres e de paisagens notáveis. Isso engloba as grutas da Chapada Diamantina, na Bahia, que contém estalactites e estalagmites, a Pedra do Ingá, na Paraíba, pelos desenhos pré-históricos, e a bela imagem de Foz do Iguaçu.

E pode ainda não se enquadrar em nenhuma das outras classificações, quando se tratar de obras de arte e objetos, e de idiomas, danças, mitos, cultos religiosos e costumes de uma maneira geral. Isso implica na proteção dos quadros de Pedro Américo e das esculturas de Aleijadinho, das armas e moedas do tempo do Império, do Candomblé e da Umbanda, da capoeira e do maracatu, dos reisados e dos dialetos tradicionais, das vestimentas tradicionais e das comidas típicas. Embora tenha um objeto bastante amplo, o bem ambiental cultural se distingue por conter ou ser necessariamente uma referência à identidade de um povo ou até de toda a humanidade – tratando-se, em essência, de uma significação especial que os seres humanos atribuem a tais bens.

2.4 Meio ambiente do trabalho

O meio ambiente do trabalho, considerado também uma extensão do conceito de meio ambiente artificial, é o conjunto de fatores que se relacionam às condições do ambiente laboral, como o local de trabalho, as ferramentas, as máquinas, os agentes químicos, biológicos e físicos, as operações, os processos e a relação entre o trabalhador e o meio físico e psicológico. A Constituição Federal de 1988 reconheceu que as condições de trabalho têm uma relação direta com a saúde, e portanto, com a qualidade de vida do trabalhador, inclusive porque é no trabalho que a maioria dos seres humanos passa grande parte da vida:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O objetivo da Carta Magna ao cunhar a terminologia 'meio ambiente do trabalho' é enfatizar que a proteção ambiental trabalhista não deve se restringir a relações de caráter unicamente empregatício. O cerne desse conceito está baseado na promoção da salubridade e da incolumidade do trabalhador, independente de atividade, do lugar ou da pessoa que a exerça, sendo por isso que os vendedores autônomos e os trabalhadores avulsos também devem ser protegidos (FIORILLO: 2009).

Se esse enfoque é mais amplo do que o meramente laboral, é porque as empresas que causam dano ambiental à circunvizinhança ou aos consumidores – e em regra as empresas são as responsáveis pelos danos ambientais mais graves – são normalmente aquelas que não se importam tanto com o meio ambiente do trabalho. Por isso é mais importante eliminar os riscos para o trabalhador, evitando assim uma parte significativa dos danos ambientais que tem ocorrido ultimamente, do que lutar por adicionais de insalubridade.

Há três dimensões importantes a serem consideradas com relação ao meio ambiente do trabalho: o meio ambiente do trabalho *strictu sensu*, o meio ambiente de trabalho *latu sensu* e o meio ambiente de trabalho de terceiros. O meio ambiente de trabalho *strictu sensu* é o lugar onde restrita e tradicionalmente se exerce uma profissão, a exemplo de uma repartição pública,

de um estabelecimento comercial ou de um setor de produção de uma indústria.

O meio ambiente de trabalho *latu sensu* é o local onde se exerce a profissão considerado da forma mais abrangente possível, como o pátio de uma fábrica, o quintal de uma loja ou o estacionamento de um órgão público com relação a um funcionário que não trabalhe exatamente nessas localidades. Esse conceito engloba também o lugar onde estiver sendo desempenhada a atividade profissional no caso de um vendedor ou de um trabalhador ambulante, seja em uma praça pública ou em um automóvel, ou ainda a moradia em se tratando do profissional que trabalha em casa.

Finalmente, o meio ambiente de trabalho de terceiros é a consideração da possibilidade de um determinado ambiente de trabalho influenciar ou modificar as condições de um ambiente de trabalho alheio por conta de suas externalidades. Um exemplo disso é o caso de uma fábrica que, ao contaminar um rio, prejudica talvez até de forma definitiva o meio ambiente do trabalho de agricultores, pecuaristas e pescadores da região.

2.5 Patrimônio genético

Luís Paulo Sirvinskas (2009) afirma que o patrimônio genético é formado pelos seres vivos que habitam o planeta Terra, o que inclui a fauna, a flora, os microorganismos e os seres humanos. A respeito do tema, o inciso I do art. 7º da Medida Provisória n. 2.186-16/01 define patrimônio genético como “informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições *in situ*, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções *ex situ*, desde que coletados em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva”.

Existe uma relação direta entre o patrimônio genético e a biodiversidade ou diversidade biológica, já que esta é o conjunto de vida existente no planeta ou em determinada parte do planeta e aquele uma gama de informações estratégicas relativas a tais seres. Como a integridade genética é um valor plasmado no inciso II do § 1º do art. 225 da Constituição de 1988, impõe-se a maior cautela possível em relação à biotecnologia, que é o ramo da engenharia genética que se dedica à modificação genética dos organismos.

Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 11.105/05, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados e seus derivados. Cumpre destacar que por estar relacionado aos recursos naturais, o patrimônio genético não deixa de ser uma subspecie ou um desdobramento direto do conceito de meio ambiente natural.

3 Meio ambiente como microbem e como macrobem

A segunda classificação didática organiza o meio ambiente em microbem e macrobem. Enquanto microbem os recursos naturais são considerados individualmente, a exemplo de certa espécie animal ou vegetal, e valorizados de acordo com a sua utilidade ou valoração econômica.

Nessa classificação, não se leva em conta a relação de interdependência de um determinado recurso natural em relação aos demais elementos da natureza. Já na condição de macrobem o meio ambiente não pode ser reduzido a nenhum de seus elementos, pois existe uma relação incorporada entre eles de acordo com Antônio Herman Benjamin:

Como bem – enxergado como verdadeira *universitas corporalis* é imaterial – não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida etc) que a forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental.

Assim, o meio ambiente é bem, mas como entidade, onde se destacam vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência na sua identificação, muito mais o valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa.

Uma definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos: é o rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável (1993, p. 75).

Isso implica dizer que qualquer componente do meio ambiente merece ser protegido independentemente de utilidade ou valoração econômica, visto que é integrante de um sistema em que todas as partes estão relacionadas e são interdependentes. Em outras palavras, mesmo que não tenha importância econômica ou social, qualquer recurso natural deve ser protegido em razão do papel que exerce ou que pode exercer dentro da cadeia ecológica.

O art. 225 da Constituição Federal, que determina no inciso VII do § 1º que cabe ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. Isso implica dizer que a relevância da função ecológica para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado passou a ser definitivamente reconhecida e tutelada pela Ciência Jurídica.

4 Considerações Finais

Este trabalho teve o objetivo de analisar o conceito de meio ambiente na ordem jurídica brasileira segundo a doutrina especializada, a jurisprudência e a legislação, posto que se trata de um conceito jurídico indeterminado. Com isso, tentou-se estabelecer uma delimitação do espaço de atuação do Direito Ambiental enquanto ramo da Ciência Jurídica, bem como contribuir para a renovação da visão limitada do tema que a maioria das pessoas têm, incluindo muitos operadores do direito, e que certamente faz com que a atuação do Poder Público e da coletividade nessa área ocorra de uma forma bastante limitada.

O conceito de meio ambiente foi desdobrado em cinco aspectos: meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural, meio ambiente do trabalho e patrimônio genético. O meio ambiente natural ou físico é o constituído pelos recursos naturais propriamente ditos e pela correlação recíproca de cada um desses em relação aos demais. O meio ambiente artificial é o construído ou alterado pelo ser humano, sendo constituído pelos edifícios urbanos e pelos equipamentos comunitários. O meio ambiente cultural é o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, ecológico, científico e turístico e constitui-se tanto de bens de natureza material quanto imaterial. O meio ambiente do trabalho é o conjunto de fatores que se relacionam às condições do ambiente de trabalho. E o patrimônio genético compreende as informações de origem genética oriundas dos seres vivos de todas as espécies, seja animal, vegetal, microbiano ou fúngico.

Essa classificação atendeu a uma necessidade metodológica ao facilitar a identificação da atividade agressora e do bem diretamente degradado, visto que o meio ambiente por definição é unitário. Independentemente dos seus aspectos e das suas classificações a proteção jurídica ao meio ambiente é uma só e tem sempre o único objetivo de proteger a vida e a qualidade de vida.

A segunda classificação didática organiza o meio ambiente em microbem e macrobem. Enquanto microbem os recursos naturais são considerados individualmente, e valorizados de acordo com a sua utilidade ou valoração econômica. Já na condição de macrobem o meio ambiente não pode ser reduzido a nenhum de seus elementos, visto que existe uma relação incorpórea entre eles, de maneira que se leva em conta a função que o recurso ambiental desempenha ou pode desempenhar dentro da cadeia ecológica.

5 Referências

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman. Função Ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman (coord). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 1997.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Direito ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas: Millennium, 2005.

FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: O Dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pachêco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Crimes ambientais*. São Paulo: Lex Editora, 2003.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do direito ambiental no Brasil, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1994, v. 706/7.

NOVAES, Washington. *O Estado de São Paulo*, 28 de dezembro de 2001, p. A-2.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Manual de direito ambiental*. 5. Ed. Sao Paulo: Saraiva, 2010.

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E SADIO: O TRATAMENTO DO CONFLITO SOCIOAMBIENTAL A PARTIR DA MEDIÇÃO¹

Fabiana Marion Spengler²

Charlise P. Colet Gimenez³

¹ O presente texto foi produzido mediante pesquisa junto aos projetos: “Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz financiado pelo CAPES/CNJ” e “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, financiado pelos recursos do Edital FAPERGS nº 02/2011 – Programa Pesquisador Gaúcho (PqG), edição 2011 e pelos recursos do Edital CNPq/CAPES nº 07/2011, processo nº 400969/2011-4.

² Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação *lato e stricto sensu* da última instituição, Coordenadora do Grupo de Estudos “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq, ad-vogada. Endereço eletrônico: fabianaspengler@spengleradvocatio.com.br ou fabiana@unisc.br.

³ Doutoranda em Direito e Mestre em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul e Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Professora de Estágio de Prática Jurídica, Direito Penal e Processo Penal pela URI – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (Santo Ângelo/RS). Membro do Grupo de Estudos “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq. Ad-vogada. E-mail: charliseg@santoangelo.uri.br

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O meio ambiente é compreendido enquanto o espaço onde habitam e interagem os seres vivos, os quais formam um conjunto harmônico de condições essenciais para a existência da vida como um todo. Assim, no cenário jurídico global, verifica-se que o reconhecimento da necessidade da sua preservação e proteção decorre da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, fazendo menção expressa ao direito ao meio ambiente como direito humano fundamental.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 traz em seu capítulo VI, pertencente à Ordem Social, o meio ambiente, especificamente no artigo 225, ao estabelecer a proteção sadia da qualidade de vida urbana ou rural do ser humano, protegendo-o das agressões e degradações para as presentes e futuras gerações.

O referido artigo contemplou a Declaração de Estocolmo, assegurando a efetividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como a qualidade de vida do ser humano, o que se garante a partir do respeito à dignidade da pessoa humana, mantendo-se o equilíbrio na convivência entre todos que compõem o ecossistema.

No entanto, embora exista a preocupação global, bem como legislação acerca do tema, é notória a degradação ao meio ambiente, acarretando em sérios prejuízos ao ecossistema e à qualidade de vida dos seres vivos, razão pela qual o presente trabalho, a partir do método de abordagem dedutivo, e método de procedimento monográfico, objetiva apresentar a mediação como forma de tratamento do conflito socioambiental, como instrumento capaz de permitir a proteção aos recursos ambientais, e oportunizar a consciência e implementação de práticas socioambientais.

1 DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

Embora se perceba um Estado cuja fundamentação de sua República Federativa encontra amparo na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como na promoção do bem de todos, indiscriminadamente, a realidade do tecido societário revela a constante negação dos direitos humanos e civis, acentuada pela desvalorização e aniquilamento das pessoas que nele se inserem, ou no ambiente em que habitam (HOBSBAWN, 1995).

Percebe-se que a sociedade contemporânea enfrenta uma perda de civilização ao passo que nega o compromisso de atender às necessidades socioambientais, apresentando entraves aos desafios atuais de efetividade do desenvolvimento sustentável.

Há uma busca contínua pelo reconhecimento dos direitos fundamentais de forma que transpasse o plano abstrato para ter a máxima aplicabilidade concreta, ou seja, luta-se em oposição à repressão sanguinária dos favorecidos como forma de alavancar a eficácia dos mais nobres direitos inerentes à vida humana, quais sejam, aqueles que perpassam a ideia de mínimo existencial e atinjam as expectativas individuais de cada ser humano.

[...] direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos que lhes encontrar um fundamento, ou seja, reduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feitas também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento. (BOBBIO, 2004, p. 15-16)

Ao agir de forma a negar os princípios da natureza pública da proteção ambiental, e do direito ao desenvolvimento sustentável, quebra-se com o fundamento de constituição do Estado Democrático de Direito, visto que a força normativa de uma

constituição democrática depende do reconhecimento do caráter de pessoa do ser humano, do qual derivam os direitos de dignidade humana, liberdade, igualdade e cidadania.

Nesta ótica, para a compreensão dos direitos fundamentais vislumbrados na contemporaneidade e, em especial, o meio ambiente sadio e equilibrado, é necessária a análise da perspectiva histórica desses direitos, visto que a sua trajetória ao longo do tempo reflete no surgimento do Estado moderno, cuja essência encontra-se amparada no reconhecimento e tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. (SARLET, 2003) Assim, verifica-se que a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais pelas primeiras cartas constituintes que ocorre o início do debate acerca das gerações/dimensões de direitos, as quais possuem estreita relação com a evolução do Estado Liberal para o Estado de Direito.

Nesta esteira, a primeira geração de direitos fundamentais se configura como aquela que marcou de forma efetiva o reconhecimento de seu *status* constitucional material e formal. Marcada, portanto, pelo pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracteriza-se pela afirmação dos direitos do indivíduo frente ao Estado, razão pela qual apresentam aspecto negativo, ou seja, dirigem-se a uma abstenção do poder público e confirmação de autonomia individual em face de seu poder. Tais direitos são tão importantes que constituem a pedra de fundação da democracia moderna, razão pela qual “onde sofrerem restrições todo o edifício democrático corre o risco de desmoronar”. (LEFORT, 1991, p. 58) Tal geração refere-se aos direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (formal). Desses, igualmente, decorrem as liberdades de expressão coletiva e os direitos de participação política. (LEFORT, 1991)

As catástrofes sociais e econômicas desencadeadas pela industrialização no decorrer do século XIX, bem como os movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, conferindo ao Estado um comportamento positivo na realização da justiça social, impulsionaram o surgimento dos direitos de segunda geração com o objetivo de autenticar o direi-

to de participar do bem-estar social, atribuindo ao Estado o dever de garantir a prestação da assistência social, saúde, educação e trabalho. Esta geração “se processou na esteira das potencialidades democráticas da cidadania civil, ou seja, na esteira dos direitos civis”. (ANDRADE, 1993, p. 19) Deve-se, ainda, salientar que esta dimensão de direitos engloba não apenas a positividade dos direitos como forma de prestação estatal, como, também, as liberdades sociais relativas à sindicalização, direito de greve e demais direitos inerentes ao trabalhador, como reflexo das solicitações das classes menos favorecidas em razão da extrema desigualdade que caracterizava as relações com a classe trabalhadora.

A terceira dimensão de direitos fundamentais, pautada na solidariedade e fraternidade, destina-se à proteção de grupos humanos, tais como família, povo, nação, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Desta forma, cuida do desenvolvimento, do meio ambiente sadio, da paz e da autodeterminação dos povos. Compreende-se, assim, que os direitos fundamentais desta geração são considerados uma resposta ao fenômeno denominado “poluição das liberdades”, o qual caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, grande parte em virtude do uso de novas tecnologias. (PEREZ LUÑO, 1991) Nesta ótica,

não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 1993, p. 481)

Ainda, importa mencionar a problemática concernente aos direitos fundamentais de quarta dimensão, porém sem consagração na esfera do direito internacional e nas ordens constitucionais internas. (SARLET, 2003) A seu turno, Bonavides afirma a existência desta geração como decorrência da globalização dos direitos fundamentais, sendo composta pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. (BONAVIDES, 1993)

Destarte, pode-se inferir que os direitos fundamentais surgiram como direitos naturais e inalienáveis do homem como expressão de sua condição humana, razão pela qual, ao falar-se em universalidade abstrata dos direitos fundamentais, significa que são reconhecidos a todos os homens. A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, verifica-se a existência da universalidade abstrata e concreta dos direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos e não a apenas determinados grupos de um Estado particular. Assim, constata-se a aproximação dos direitos humanos com os direitos fundamentais, de modo a construir um direito universal, aplicável em todos os territórios sob o fundamento máximo de reconhecimento do homem e de suas garantias. Neste rumo, essa nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade. (BONAVIDES, 1993, p. 525)

Em adição, compreende-se que os direitos fundamentais e os direitos humanos são aqueles inatos que o homem não pode alienar nem o Estado pode subtrair ou restringir. Por isso, “direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”. (BOBBIO, 2004, p. 17)

Ademais, manifesta Bobbio que os direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários na história dos direitos fundamentais, eis que sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia, e, por conseguinte, não existem condições mínimas para a solução prática de conflitos. Ou seja, a democracia é a sociedade dos cidadãos e os súditos se tornam cidadãos ao passo que têm reconhecidos alguns direitos fundamentais. (BOBBIO, 2004)

Neste panorama, manifesta-se Sarlet ao discorrer que há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamen-

tais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente. (SARLET, 2003, p. 72)

A concretização dos direitos fundamentais da pessoa a partir do ideal transformador do Estado Democrático de Direito representa a defesa dos valores fundamentais de uma sociedade, como expressão máxima de uma justiça social, a qual se fundamenta na igualdade, bem como permite a existência digna do ser humano, respeitando o poder pessoal de cada pessoa em sua relação com o outro, de forma a focalizá-lo em todas as suas dimensões. (SANTOS, 2007)

Nesta reflexão, a análise do Estado e seus poderes perpassa por uma reestruturação que permita a participação da sociedade global de forma diferenciada, aproveitando as novas oportunidades criadas de forma favorável à sociedade comprometida com a igualdade, liberdade e solidariedade, capaz de permitir que cada pessoa tenha efetivados seus direitos fundamentais não somente no plano abstrato, como inclusive de forma concreta, reconhecendo-se valores e garantias que tornam possível a existência de um espaço digno.

Destarte, a efetivação dos direitos fundamentais e humanos da pessoa e de seus reflexos no atendimento às expectativas de cada um vincula o Estado de Direito de forma a construir a afirmação democrática da vontade, capaz de satisfazer as necessidades daqueles que almejam a participação no espaço público de debates de forma a privilegiar os valores e princípios de cada ser humano. Neste rumo, verifica-se que somente pode-se referir a existência de uma sociedade justa e igual na medida em que são reconhecidos os direitos fundamentais. Haverá paz, uma paz que a guerra não seja alternativa, somente quando as pessoas não forem deste ou daquele Estado, mas do mundo. (SANTOS, 2007)

Esta compreensão somente existirá a partir do momento em que o ser humano perceber a sua função enquanto ser vivo e integrante de um ecossistema, cuja harmonia depende de suas ações equilibradas e coletivas, contrariando a degradação ambiental atualmente visualizada, a qual demonstra a total negligência com o direito ambiental enquanto direito humano fundamental.

Por essa razão, no próximo tópico dedicar-se-á ao estudo da mediação como forma de tratamento do conflito socioambiental.

2 O TRATAMENTO DO CONFLITO SOCIOAMBIENTAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA PELA MEDIAÇÃO

Diante da diversidade e diferença entre as pessoas de uma mesma sociedade, é inerente à sua existência o surgimento de conflitos, pois as pessoas vivem a lógica do individualismo e da competição para atingir seus objetivos a partir do que consideram importante e relevante para si mesmos (GORCZEVSKI, 2006). No entanto, o homem é um ser de relação com o outro, embora, na maioria das vezes, este encontro com o outro revela uma adversidade, um confronto. “O outro é aquele cujos desejos se opõem aos meus, cujos interesses chocam com os meus, cujas ambições se erguem contra as minhas, cujos projectos contrariam os meus, cuja liberdade ameaça a minha, cujos direitos usurpam os meus” (MULLER, 2006, p. 16).

O conflito caracteriza-se como um enfrentamento entre dois seres ou grupos que “manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente em relação a um direito” (MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 45). Para mantê-lo, afirmá-lo ou restabelecê-lo, os conflitantes utilizam-se da violência, podendo resultar no aniquilamento de um deles. Por isso, afirma Vezzula (1998, p. 21) que “[...] o conflito consiste em querer

assumir posições que entram em oposição aos desejos do outro, que envolve uma luta pelo poder e que sua expressão pode ser explícita ou oculta atrás de uma posição ou discurso encobridor”.

Como se verificou, o conflito tem origem nas diferenças de interesses, necessidades ou valores entre as pessoas ou grupos, resultando em uma disputa competitiva e destrutiva. No entanto, o ser humano está atrelado à noção de conflito e destruição do outro como manifesto de uma cultura beligerante que desencadeia processos de violência e exclusão social.

En general, los mensajes que hemos recibido y asimilado en nuestra formación y experiencia han moldeado una idea negativa del conflicto. En un sentido corriente lo relacionamos con lucha, violencia, ira, enojo, tensión, incertidumbre, hostilidad, rivalidad, pugna, contienda, roces, competencia, odio, rencor, antagonismo; en otras palabras, como un antónimo de paz (CAIVANO; GOBBI e PADILLA, 1997, p. 117).

De acordo com o presente trabalho, importa verificar a existência do conflito socioambiental, apresentando-se a mediação para o seu tratamento. Assim, deve-se salientar que em consequência da necessidade de satisfação dos desejos e das aspirações sociais, o ser humano interfere no meio ambiente, acarretando alterações nas suas condições e na sua qualidade.

Nessa ótica, os conflitos socioambientais decorrem não somente de aspectos culturais e históricos como, por exemplo, a escassez de recursos naturais, mas também da diferença entre problemas, impactos e conflitos ambientais, provenientes de disputas acerca dos referidos recursos.

Soma-se aos fatores *retro* indicados a individualidade do ser humano na contemporaneidade, acarretando em uma severa degradação do meio ambiente e desrespeito à preservação para as presentes e futuras gerações, consoante expresso na Constituição Federal de 1998.

Dessa forma, percebe-se que a crise ambiental é consequência da uma disputa em torno da apropriação dos recursos naturais limitados a fim de satisfazer as necessidades ilimitadas,

sendo este fenômeno a raiz de maior parcela dos conflitos que se estabelecem no seio da comunidade. (SIRVINSKAS, 2005)

Destarte, os conflitos ambientais situam-se na busca pelo controle dos recursos naturais, definidos pelo ser humano para uso determinado; nos impactos ambientais e sociais provenientes da ação humana ou degradação dos ecossistemas; e da concentração dos conhecimentos ambientais, os quais envolvem o controle formal de conhecimentos ambientais. (LITTLE, 2001)

Verifica-se, em adição, a crescente alerta para a perda da diversidade biológica em todo o mundo e, particularmente, nas regiões tropicais. A degradação biótica que está afetando o planeta encontra raízes na condição humana contemporânea, agravada pelo crescimento explosivo da população humana e pela distribuição desigual da riqueza, visto que a perda da diversidade biológica envolve aspectos sociais, econômicos, culturais e científicos.

Por isso, devem-se apontar alternativas para garantir o desenvolvimento sustentável, o que significa melhorar a qualidade de vida dos que vivem hoje, sem prejudicar as gerações futuras, considerando não apenas as dimensões econômicas e sociais do desenvolvimento, mas englobando objetivos ecológicos em relação à conservação dos recursos hídricos, a atenuação das mudanças do clima, a conservação das florestas e da biodiversidade. Ou seja, as políticas públicas em benefício da sustentabilidade somente atingirão o seu objetivo se houver “participación en la adopción de las decisiones a tomar y compromiso en la implementación de las medidas a desarrollar”. (BRAVO, 2009, p. 159)

A mediação é caracterizada como a forma ecológica de tratamento de conflitos sociais e jurídicos cujo escopo é satisfazer o desejo das partes envolvidas na disputa. O acordo trata o problema a partir de uma resposta aceitável mutuamente, estruturado para manter a continuidade das relações envolvidas no conflito. (WARAT, 2001)

Dessa forma, diante da existência de um conflito, há a interferência de um terceiro, com o poder de decisão limitado, o qual auxilia as partes a alcançarem de forma voluntária um acordo, ou

seja, “é o modo de construção e de gestão da vida social graças à intermediação de um terceiro neutro, independente, sem outro poder que não a autoridade que lhes reconhecem as partes que a escolheram ou reconheceram livremente”. (MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 131).

Consoante manifesta Spengler (2010), a palavra mediação suscita a ideia de centro, de meio, de equilíbrio, descrevendo um terceiro elemento que se encontra entre as partes, não sobre, mas entre elas. Por tal razão, afirma a autora que a mediação constitui-se em um processo em que o terceiro auxilia os participantes em uma situação conflitiva a tratá-la, permitindo que a solução seja aceitável para os envolvidos, bem como que satisfaça seus anseios e desejos.

A autora em estudo revela que os conflitantes devem ser encorajados a ouvir e a entender os pensamentos e sentimentos uns dos outros, possibilitando que juntos alcancem uma resposta favorável a ambos. Dessa forma, a meta da mediação é responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une a partir de uma ética da alteridade, encontrando, a partir do auxílio de um mediador, uma garantia de sucesso, aparando as arestas e dificuldades das partes, bem como compreendendo as emoções reprimidas e buscando um consenso que atinja o interesse das partes e a paz social. (SPENGLER, 2012)

De fato, o principal desafio que a mediação enfrenta não é o de gerar relações calorosas e aconchegantes, sociedades isentas de litígio ou uma ordem de mundo harmoniosa. Ao invés disso, considerando-se a natureza endêmica do conflito, talvez o seu principal desafio seja encontrar mecanismo que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica. (SPENGLER, 2012, p. 94)

A mediação ocorre pela intervenção de um terceiro, de uma terceira pessoa que se interpõe entre os dois protagonistas de um conflito, isto é, de duas pessoas, comunidades ou povos que se confrontam e estão um contra o outro. Assim, a mediação busca passar os dois protagonistas da adversidade à conversação, levando-os a virar-se um para o outro para se falarem,

compreenderem e, se possível, construir juntos um compromisso que abra caminho à reconciliação. (MULLER, 2006)

O terceiro mediador trabalha para criar um espaço intermediário que possibilita que os envolvidos no conflito possam descansar dele e recriar as suas relações fundamentadas na paz. “A mediação quer, assim, criar na sociedade um lugar onde os adversários possam aprender ou reaprender a comunicar, a fim de chegarem a um pacto que lhes permita viver juntos, se não numa paz verdadeira, pelo menos numa coexistência pacífica”. (MULLER, 2006, p. 170)

Escolher a mediação é, para cada um dos dois adversários, compreender que o desenvolvimento da sua hostilidade só lhes pode ser prejudicial e que têm todo o interesse em tentar encontrar, por meio de um acordo amigável, uma saída positiva para o conflito que os opõe. [...] A maior parte das vezes, as decisões da justiça cortam o nó de um conflito, designando um ganhador e outro perdedor - um ganha o seu processo o outro perde-o - e as duas partes saem do tribunal mais adversárias do que nunca. A mediação não se preocupa tanto em julgar um facto passado - que é o que faz a instituição judicial - como em apoiar-se nele para o ultrapassar e permitir que os adversários de ontem inventem um futuro liberto do peso de seu passado. (MULLER, 2006, p. 171)

Nesse sentido, Warat (2004) discorre que captar o outro é importante na medida em que permite à pessoa descobrir a sua honestidade, com ela mesma e com os demais. E, ainda, vê-lo além das suas imagens, seus simulacros, suas representações, seus comportamentos artificiais, fabricados para agradar, ou para ter êxito.

Assim, “los ciudadanos debemos involucrarnos en una nueva cultura de la sustentabilidad, trasladando a nuestros quehaceres cotidianos la sensibilidad y el compromiso con las cuestiones ambientales. (BRAVO, 2009, p. 159)

Por essa razão, a mediação revela-se como uma cultura de paz, que ultrapassa a jurisdição tradicional, e utiliza práticas consensuais e autônomas que devolvem às pessoas a capacidade de tratar o seu próprio conflito e, no presente estudo, de reconhecer o meio ambiente como bem comum a ser protegido e preservado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser considerado como direito humano, intimamente ligados e ocupando posições de destaque no mundo globalizado. Ou seja, é condição essencial para que cada pessoa possa desfrutar de uma vida calcada na dignidade da pessoa humana, requerendo não somente a proteção da Constituição Federal, mas a consciência de todos acerca da necessidade de sua preservação e proteção, afastada dos ideais econômicos de exploração e degradação ambiental.

Nessa senda, o meio ambiente caracteriza-se como o processo a partir do qual a pessoa e a comunidade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências para a conservação do meio ambiente como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sustentabilidade. No entanto, diante da atual degradação do meio ambiente, e da exploração econômica desenfreada, requer-se a retomada da consciência de bem coletivo a ser preservado no presente e para o futuro.

Assim, como forma de tratar o conflito socioambiental, decorrente da quebra dos aspectos ecológicos e humanos do meio ambiente, o qual rompe com as políticas públicas sustentáveis, situando-se no confronto entre ser humano e natureza, apresenta-se a mediação de conflitos, cujo objetivo é resgatar o consenso, diálogo, compreensão e comunicação entre as pessoas, permitindo a projeção de suas ações em um ambiente equilibrado, sadio e sustentável para todos, conforme preconiza a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRAVO, Álvaro Sánchez. Programa de la unión contra el medio ambiente como injerencia en la vida privada y familiar en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. In: *Los Nuevos Retos de la Sostenibilidad & la Protección Ambiental. Reflexiones desde las dos Orillas*. Álvaro Sánchez Bravo e Clovis Gorczevski Org. Sevilla: ArCiBel Editores, 2009.

CAIVANO, R. J.; GOBBI, M.; PADILLA, R. E. *Negociación y mediación*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

COSTA NETO, Nicolao Dio de Castro. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GORCZEWSKI, Clóvis. A decisão judiciária e o (des)respeito aos direitos culturais. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 2006, tomo 6. p. 1543-1561.

HOBSBAWN, Eric. *A Era dos Extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEFORT, Claude. *Pensando o político*. Tradução Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LITTLE, Paul Elliot. Os conflitos socioambientais: um campo de estudo e de ação política. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). *A difícil sustentabilidade: política energética e conflitos ambientais*. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MULLER, Jean - Marie. *Não-violência na educação*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las Generaciones de Derechos Humanos. *In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales n. 10* (1991).

SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. São Paulo: Ed. da USP, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Ijuí: UNIJUÍ, 2010.

_____. *Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária*. Ijuí: editora Unijuí, 2012.

VEZZULA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem, 1998.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: fundação BOITEUX, 2004.

O ESTADO CONTEMPORÂNEO, OS NOVOS DIREITOS E A PROTEÇÃO AMBIENTAL

Elenise Felzke Schonardie¹

O capítulo tem por objeto apresentar algumas referências acerca do que entendemos por Estado na contemporaneidade, no sentido de se moldar pela expansão de direitos e de serviços. Da mesma forma, aponta paradoxos referentes aos nexos entre liberdade e equidade, entre cidadania e a expansão da democracia socioeconômica e entre os empreendimentos econômicos e a apropriação dos recursos naturais. Destaca o processo de reconhecimento jurídico legal dos bens ambientais e suas condições de uso social na sociedade brasileira.

Estado contemporâneo e as questões ambientais

O chamado Estado Contemporâneo deve ser considerado a partir das múltiplas e complexas relações sociais que estabelece com os seus membros ou “cidadãos” e das atribuições historicamente conferidas. Nossa análise sobre o Estado tentará demonstrar os problemas que essa tentativa de conceituação su-

¹ Professora Doutora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI, pesquisadora da linha: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Novos Direitos; professora dos Cursos de Direito da UNIJUI e da Universidade de Passo Fundo - UPF; Advogada.

porta em razão da dificuldade de compatibilização entre as diferentes formas do Estado de Direito e o requisito de seu conteúdo necessariamente social. Tentaremos demonstrar a historicidade das articulações em torno da construção do Estado como forma complexa de organização social, da qual o campo jurídico é apenas um dos elementos constitutivos. Nossa análise inicial deter-se-á no que se depreende do Estado de Direito nas suas qualificações como um Estado Social e, também, protetor dos recursos naturais.

No Estado Contemporâneo as formas ou as circunstâncias de ordenamento da sociedade oscilam entre a liberdade e a participação. Essa oscilação é contrafactual, na medida em que os direitos de liberdade (pessoal, política e econômica)² significam uma abstenção do Estado, isto é, uma barreira à intervenção do Estado, especialmente nos âmbitos econômico e cultural. Porém, o conteúdo social da forma deste Estado – representado pelos direitos sociais – concebe direitos de participação do mesmo no poder político e na distribuição da riqueza social produzida. (BOBBIO, 1986).

A busca pela coerência entre o Estado de Direito e o Estado Social será operada nos níveis legislativo e administrativo: os chamados “direitos fundamentais” constituem a garantia de uma sociedade burguesa, também representada pela defesa da propriedade, ao passo que os direitos sociais expressam o caminho pelo qual as demandas sociais são contempladas pelo Estado. Há, portanto, dois movimentos distintos: um de abstenção do poder público, ou seja, de limitação de intervenção do Estado, e outro de atuação em razão do surgimento de demandas prioritárias da sociedade, muitas vezes imprevisíveis. Quando os conflitos sociais, com demandas pela sociedade, adentram no Estado pela via do reconhecimento ou concretização dos direitos sociais, produz-se uma modificação na sua estrutura formal.

² Chamados “direitos de liberdades burguesas”, tidos como fundamentais. Com relação ao surgimento desses direitos fundamentais, iremos abordar o tema adiante, ao tratar do reconhecimento dos interesses e direitos transindividuais.

No decorrer do século 20 observa-se uma alteração política gradual do Estado Liberal, que abdica de expressões aristocráticas em face das pressões sociais e incorpora demandas da sociedade civil. E isso leva a uma alteração da forma jurídica do Estado, ou seja, dos processos de legitimação, da sua estrutura de administração e da ampliação de suas atribuições. Para Bobbio (1986), as mudanças ocorridas nas estruturas material e social do sistema jurídico constituem-se na origem das transformações do Estado nos níveis formal e político na estrutura do Estado de direito.

A estrutura do Estado de direito pode ser, assim sistematizada como:

1) Estrutura formal do sistema jurídico, garantia das liberdades fundamentais com a aplicação da lei geral-abstrata por parte de juízes independentes.

2) Estrutura material do sistema jurídico: liberdade de concorrência no mercado, reconhecida no comércio aos sujeitos da propriedade.

3) Estrutura social do sistema jurídico: a questão social e as políticas reformistas de integração da classe trabalhadora.

4) Estrutura política do sistema jurídico: separação e distribuição do poder (BOBBIO, 1986, p. 401)

Dessa forma, nossa tentativa em apresentar uma definição específica sobre o Estado Contemporâneo naufraga, na medida em que devemos demonstrar a complexidade e conflituosidade inerentes a esse. Isso ocorre porque encontramos um considerável grau de contradição entre as concepções de Estado, decorrente, em boa parte, de concepções radicalmente diferentes que tentam explicar os mesmos fenômenos, seja negando-os, seja considerando-os como essenciais ao corpo social. O que estamos procurando demonstrar é que a conflituosidade gerada pela alta complexidade que envolve as sociedades na contemporaneidade se reflete na própria tentativa de estabelecermos um conceito de Estado. Destarte, optamos por fazer alguns aportes sobre a questão do capitalismo organizado – deixando de lado a idéia de Offe que se refere a capitalismo desorganizado – e a

questão social, na tentativa de preparar a compreensão sobre o lugar da natureza para a instituição chamada “Estado”.

São várias as possibilidades de abordagem conceitual do Estado. Carnoy (1988) apresenta-nos o Estado dependente, aduzindo que são vários os modelos de sistemas mundiais e de Estado dependente. Inicialmente, em sua obra Estado e teoria política, Carnoy (1988) remete para o estruturalismo de Althusser e os primeiros escritos de Poulantzas, ponderando que a forma e a função do Estado capitalista estão determinadas pelas relações de classe intrínsecas ao modo de produção capitalista.

A função do Estado é ideológico-repressiva, mas sua natureza de classe é “estruturada” pelas relações econômicas fora do Estado. Ao mesmo tempo que o Estado, para cumprir seu papel de classe, é necessariamente “relativamente autônomo” frente a essas relações econômicas (sociedade civil), ele é também o lugar onde o(s) grupo(s) dominante(s) organiza(m) as frações concorrentes da classe capitalista em “classe-unidade” (hegemonia). (CARNOY, 1988, p. 12).

O Estado capitalista é “independente” de qualquer controle sistemático da classe capitalista, seja direto seja estrutural, mas, a seu ver, a burocracia de Estado representa, de qualquer forma, os interesses dos capitalistas, pois depende da acumulação de capital para continuar existindo como Estado. (OFFE apud CARNOY, 1988, p. 13).

Dentre as linhas teóricas de dependência do Estado encontramos aquela em que o Estado dependente é situado num contexto de luta de classes condicionado pelas crises e desenvolvimentos no sistema mundial e pelo papel dos setores exportadores na economia nacional. É este Estado o responsável pela organização do mercado interno e pela acumulação local de capital, assoalhado, em boa parte, nos rendimentos das indústrias de exportação. O Estado dependente não se apresenta da mesma maneira em países desenvolvidos e industrializados que em países em desenvolvimento, com um grau incipiente de industrialização.

Nestes últimos, em que o Estado apresenta um grau inicial de desenvolvimento industrial, localizados na América Latina,

dois conceitos de Estado dependente explicam a sua natureza não democrática e sua intervenção crescente na economia mundial: o modelo capitalista de Estado e o modelo do autoritarismo burocrático. O primeiro enfatiza o papel crescente na produção do Estado do Terceiro Mundo, considerando que o Estado não está somente envolvido na distribuição e produção de bens, mas, como Estado dependente, deve interagir com burguesias estrangeiras poderosas e com os Estados metropolitanos que as sustentam. O segundo, o autoritarismo burocrático, é, acima de qualquer outra coisa, o garantidor e organizador da dominação exercida por meio de uma estrutura de classes subordinada às frações superiores de uma burguesia oligárquica e transnacional, no qual os “setores populares outrora mobilizados são politicamente excluídos pela imposição de um tipo particular de ‘ordem’, através de coação extrema, incluindo-se a ‘despolitização’ da sociedade, e economicamente excluídos pelo deslocamento dos gastos do Estado para uma infra-estrutura que promove o investimento estrangeiro, acima de tudo para a própria burguesia do Estado[...]”(CARNOY, 1988, p. 253-4).

Ao analisarmos a partir de outro ângulo, por exemplo, de uma concepção positiva do Estado, na contemporaneidade há que considerarmos o posicionamento dos conservadores e liberais de que há uma crise do Estado democrático. Essa crise seria oriunda da impossibilidade de o Estado “ampliado” atender às demandas, de certa forma, por ele mesmo criadas no ordenamento dos conflitos sociais; em outros termos, o regime democrático não consegue mais atender às demandas por ele provocadas para dirimir as crises socioeconômicas. Os marxistas, por sua vez, argumentam que a crise do Estado capitalista³ origina-se da incapacidade de contornar o poder dos grandes grupos de interesse em concorrência entre si. (BOBBIO, 2007). Contudo, esta crise não pode ser confundida ou entendida como o fim do

³ Por Estado capitalista entendemos o Estado norteado em bases economicistas, conforme o interesse do liberalismo econômico.

mesmo Estado e de suas atribuições, pois existe uma crise de um determinado modelo de Estado.

Na ótica positiva⁴ do Estado encontramos a concepção racional do mesmo, dominada pela ideia de que “fora do Estado existe um mundo das paixões desenfreadas ou dos interesses antagônicos e inconciliáveis, de que apenas sob a proteção do Estado o homem pode realizar a própria vida de homem de razão”. (BOBBIO, 2007, p. 127). O Estado é, então, nesta visão positivista, ideal ou abstrata, um ordenamento perfeitamente racional, no qual todos os comportamentos estariam previstos e regulados de forma rígida e rigorosa, o que o tornaria aperfeiçoável apenas como força organizadora da convivência civil.

Em uma concepção contraditória e contrafactual, há inúmeras críticas em relação à tendência crescente do Estado de penetrar ou absorver o vigor da sociedade civil. Ao concretizar tal intuito o faz de maneira cada vez mais autoritária, disfarçada nas (ou pelas) terminologias “neocorporativismo, autoritarismo regular ou até democracia vigiada”. Esta tendência aborda o Estado como um monstro devorador. Num outro lado, diametralmente oposto, há a ideia de que o Estado é crescentemente ineficaz, cada vez mais incapaz de desempenhar as funções de que se incumbem, pois carece de recursos financeiros ou de capacidade institucional, ou carece ainda dos mecanismos que na sociedade civil orientam as ações e garantem a sua eficácia, ou seja, vê-se o Estado como um empreendedor fracassado.

Há uma nebulosidade que recai sobre o próprio objeto de análise do Estado, o que se deve, em parte, à teoria sociológica, que continua a ser basicamente derivada das experiências sociais das sociedades europeias. (SANTOS, 2001). Tal encaixe torna essas perspectivas teóricas pouco adequadas à análise comparada, pois tende a suscitar generalizações ilegítimas. A centralidade e a historicidade do Estado em terras europeias possuem pecu-

⁴ Entendemos que a ótica positivista pode ser entendida como sinônimo de ótica liberal, pois é ela que está positivada em nossos sistemas jurídicos nos Estados ocidentais.

liaridades, uma vez que, ali a autonomia da sociedade civil moldou o espaço de produção segundo suas necessidades e os seus interesses, o próprio espaço da cidadania. A insistência em analisar os processos sociais e políticos leva a interrogar sobre os recursos e conceitos apropriados, ou sobre a desconfiança de um descompasso entre o que observamos e os instrumentos de que dispomos para realizar a interpretação.

Considerando que o dualismo Estado/sociedade civil é um dos pilares mais importantes para o pensamento ocidental, “[...] o Estado é uma realidade construída, uma criação artificial e moderna quando comparada com a sociedade civil” (SANTOS, 2001, p. 116), uma vez que as sociedades simplesmente se formam, porém os Estados são feitos.

O intento de separação entre Estado e sociedade civil é contraditório na medida em que engloba tanto a ideia de um Estado mínimo como a de um Estado máximo⁵, pois a ação estatal é considerada ora como um inimigo potencial da liberdade individual, ora como a condição para o seu exercício. “O Estado, enquanto realidade construída é a condição necessária da realidade espontânea da sociedade civil”. (SANTOS, 2001, p. 118).⁶ Nesse sentido, o Estado deve garantir o cumprimento ao direito de propriedade e as relações econômicas devem ocorrer e

⁵ A ideia de um Estado mínimo é altamente aceita e proposta pelos que defendem o liberalismo econômico, pois quanto menos o Estado interferir no predomínio econômico dos detentores dos meios de produção, melhor. Já um estado máximo representa não apenas a intervenção direta nas decisões econômicas, mas também sua presença decisiva e amparadora em todos os outros aspectos da vida social.

⁶ O dualismo Estado/sociedade civil foi objeto de análise de grandes teóricos, cada qual à sua época e maneira. Para Hegel “a sociedade civil é uma fase de transição da evolução da “ideia”, sendo a fase final o Estado. A família é a tese, a sociedade civil é a antítese e Estado é a síntese. A sociedade civil é o “sistema de necessidades”” (apud SANTOS, 2001, p. 120), no qual há o domínio dos interesses particulares, um estágio que será superado pelo Estado, este como o supremo unificador dos interesses, como ideia universal concretizadora da consciência moral. Marx, por sua vez, apresenta uma concepção reificada da distinção Estado/sociedade civil, na qual as leis naturais da economia clássica escondiam relações sociais de exploração que o Estado, aparentemente neutro, tinha a função de garantir. Ou seja, a ideia do Estado enquanto interesse social universal dá lugar à realidade basilar do sistema capitalista, na qual o Estado representava o interesse do capital em conseguir a sua reprodução. (apud SANTOS, 2001, p. 120).

se reproduzir por si mesmas na esfera privada dos detentores dos meios de produção. Isso porque, ao se referir aos postulados marxistas, a exteriorização do Estado e da política concernente às relações de produção deve ser percebida como uma questão econômica e privada entre os indivíduos privados dentro da sociedade civil. Aqui podemos conferir a ideia defendida por alguns autores de que o Estado é um mal necessário, ora um Estado mínimo.

Quando a sociedade civil sob a forma de sociedade de livre mercado avança a pretensão de restringir os poderes do Estado ao mínimo necessário, o Estado como mal necessário assume a figura do Estado mínimo, figura que se torna o denominador comum de todas as maiores expressões do pensamento liberal. (BOBBIO, 2007, p. 130).

A ideia de um Estado mínimo, reduzido, foi fomentada pela expansão da sociedade burguesa, que buscava a intervenção mínima do Estado nos ideais de livre mercado interno e externo, o que, para a classe burguesa, era considerado ideal, pois o Estado estaria desempenhando uma tarefa de coordenação da sociedade, não de domínio. Contudo, tal intuito se mostra contraditório e contrafactual, na medida em que os Estados democráticos realizaram o reconhecimento e a ampliação de direitos inerentes aos indivíduos, tanto de forma individualizada, quanto de forma difusa. Portanto, houve uma ampliação do Estado, que deverá prover e garantir a realização de novas e contínuas demandas oriundas da sociedade civil.

Neste ponto nos referimos, precisamente, ao cabedal de direitos e garantias fundamentais que se tornaram existentes nos Estados democráticos de direito, principalmente a partir da segunda metade do século 20. E, no caso brasileiro, tais direitos se encontram expressos, por exemplo, nos artigos 5º e 225 da Constituição Federal de 1988⁷.

⁷ O artigo 5º da Constituição Federal brasileira traz em seus incisos o rol dos direitos e garantias individuais, garantindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à proprie-

Na tarefa de coordenação do Estado destaca-se a empreitada de regulação e proteção a novas demandas geradas pelo próprio modelo de Estado. Trata-se de um Estado ampliado, como propunha Gramsci, no qual a ampliação se dá por meio da elaboração de novos textos legais – aumento considerável da legislação – sobre os mais variados temas, como, por exemplo, a própria temática ambiental, trabalhista, das relações de consumo, idosos, mulheres, crianças, etc. E diante dessas novas demandas geradas pela sociedade civil e fomentadas pelo Estado, encontramos a positivação dos direitos dos idosos, por meio da promulgação e entrada em vigor do Estatuto do Idoso; da bandeira de defesa dos consumidores, através do Código de Defesa do Consumidor; da negociação de alguns direitos sociais dos trabalhadores em troca da manutenção temporária dos postos de trabalho e da tentativa de controle sobre os bens e recursos ambientais, por meio de tipificações administrativas e criminais de condutas perigosas ou lesivas ao meio ambiente, por meio da Lei de Crimes Ambientais. Essas são, exemplificativamente, formas de aproximação entre a sociedade civil e o Estado.

O Estado de direito ambiental

Hodiernamente, diante das novas demandas oriundas dos processos de modernização social decorrentes do desenvolvimento tecnológico, científico e industrial, cabe-nos falar de uma nova forma, ainda incipiente, mas que tem ocupado um certo lugar nas discussões jurídicas acerca do tema: o Estado de Direito Ambiental, ventilado por alguns juristas, como Canotilho e Leite (2007). Por Estado de Direito Ambiental, entendemos uma utopia democrática, marcada por abstratividades e, sobre-

dade. O artigo 225 da Constituição Federal refere-se à garantia dos interesses difusos ao determinar “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado[...]”.

tudo, porque a transformação a que aspira pressupõe a repolitização da realidade e o exercício radical da cidadania (individual e coletiva), nela compreendendo a Carta dos Direitos Humanos da Natureza. A construção desse conceito leva, necessariamente, a questionar os elementos nos quais o próprio Estado se sustenta, o que demonstra a importância da sua discussão e a busca de concretização, via otimização de processos de realização de aproximação, dos parâmetros a serem atingidos – que funcionariam como metas – pelo então Estado de Direito Ambiental.

O Estado de Direito Ambiental “é um conceito de cunho teórico-abstrato que abarca elementos jurídicos, sociais e políticos na busca de uma situação ambiental favorável à plena satisfação da dignidade humana e harmonia dos ecossistemas” (CANOTILHO; LEITE, 2007, p. 153). Outra perspectiva define-o como a “forma de Estado que se propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social para alcançar o desenvolvimento sustentável, orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural”. (CAPELA apud, CANOTILHO; LEITE, 2007, p. 151). A compreensão deste Estado divisa alguns postulados básicos, que, segundo Canotilho, são: o globalista – no qual a proteção ambiental não pode se restringir a um único Estado de forma isolada, mas, sim, em termos supranacionais; o publicista – no qual há uma visão tecnocrática e ênfase do Estado no trato das questões ambientais; o individualista – que restringe a proteção ambiental à inovação de posições individuais, nas quais os instrumentos jurídicos de proteção ambiental utilizados seriam praticamente os mesmos aludidos na proteção de direitos subjetivos; por fim, o associativista – o qual procuraria formular uma democracia de vivências da virtude ambiental, centrada na participação democrática. (CANOTILHO; LEITE, 2007).

A construção do Estado de Direito Ambiental passa, essencialmente, pelas disposições constitucionais, porque, no aspecto formal, são as disposições constitucionais que revelam os valores e postulados básicos do conjunto social nas sociedades complexas. No caso do Estado brasileiro, as disposições constitu-

cionais do artigo 225 trazem em seu seio a ideia de transição entre a irresponsabilidade organizada e generalizada (existente faticamente) e uma situação em que o Estado e a sociedade passam a influenciar nas situações de risco; de igual modo, passam a compartilhar solidariamente a responsabilidade⁸ pela proteção do ambiente e todos os recursos que o compõem. Desse modo, a ideia de discussão e implementação do Estado de Direito Ambiental tem como função a adequação da gestão dos riscos ambientais e o afastamento da irresponsabilidade organizada; a juridicização de instrumentos que possam garantir a preservação e conservação ambientais; a ampliação do campo do direito ambiental como um direito integrador; a busca de formação da consciência ambiental, bem como a definição conceitual de ambiente e seu(s) objeto(s)⁹.

⁸ Isso se verifica na expressão “ cabendo ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo ...” (art. 225, *caput*, Constituição Federal).

⁹ José Rubens Morato Leite, sintetiza cinco funções fundamentais da discussão do Estado de Direito Ambiental: 1) Moldar formas mais adequadas para a gestão dos riscos e evitar a irresponsabilidade organizada. Na sociedade de risco, o Estado não pode ser “herói”, garantindo a eliminação do risco, pois este subjaz ao próprio modelo que serve de base à sociedade. O Estado, então, busca a gestão dos riscos, tentando evitar a irresponsabilidade organizada. 2) Juridicizar instrumentos contemporâneos, preventivos e precaucionais, típicos do Estado pós-social. É aqui que se fornece especial atenção aos princípios da prevenção e da precaução inscritos no art. 225 da Constituição. Faz-se necessário, numa sociedade de risco, abandonar a concepção de que ao Direito cabe se ocupar com os danos evidentes. A complexidade do bem ambiental na sociedade de risco exige que haja a introdução de aparatos jurídicos e institucionais que garantam a preservação ambiental diante de danos e riscos e riscos abstratos, potenciais e cumulativos. 3) Trazer a noção, ao campo o Direito Ambiental, de direito integrador. Considerando que o ambiente não é uma realidade naturalística segregada, sua defesa depende de considerações multitemáticas, em que se considere a característica de macrobem, pugnando-se por formas de controle ambiental, tanto no plano normativo como fático, que atentem para a amplitude do bem ambiental. 4) Buscar a formação da consciência ambiental. É impossível o exercício da responsabilidade compartilhada e da participação popular como forma de gestão de riscos sem que haja profunda consciência ambiental. 5) Propiciar maior compreensão do objeto estudado. É vital a definição do conceito de ambiente, pois possibilita a compreensão da posição ecológica do ser humano e das implicações decorrentes de uma visão integrativa de ambiente. Verifica-se que o objeto *bem ambiental* é dinâmico, envolvendo sempre novas conformações, como, por exemplo, as novas tecnologias, tais como, os OMGs. Assim, é importante um conceito aberto, procurando trazer flexibilidade. (CANOTILHO; LEITE, 2007, p. 152).

Nesse assente, certo é que o tratamento da questão ambiental depende de uma revalorização de práticas democráticas e a construção de uma democracia sustentável desprendida dos vínculos estreitos dos limites territoriais das fórmulas do Estado (MORAIS, 2008). Talvez essa nova fórmula do Estado seja o que por ora denominamos “Estado de Direito Ambiental”, que propõe uma transformação radical nas práticas jurídico-político-sociais, orientadas pelo ideal de concretização da dignidade humana, pela observância e incorporação da Carta dos Direitos Humanos da Natureza.

Esse modelo de Estado de Direito Ambiental deve ser edificado com justiça ambiental, garantindo um amplo acesso à justiça, via tutela jurisdicional do ambiente, e também por meio de políticas de meio ambiente alicerçadas em princípios estruturantes que vão se desenvolvendo a partir das complexas questões provocadas pela atual crise ambiental.

A complexidade da crise ambiental, alimentada pelas suas inúmeras contradições, jurídico-político-sociais, representa hoje um dos maiores desafios aos Estados. No caso brasileiro, somos levados a acreditar que manteremos nosso desenvolvimento econômico sem que precisemos rever nossos processos de produção e exploração da terra, sem que tenhamos de observar “os limites” de extração e exploração dos recursos ambientais colocados a nossa disposição, o que é uma grande mentira. Vejamos a questão da COP 15, de dezembro de 2009, ocasião em que a representação do governo brasileiro levou para a Conferência das Partes, sobre as mudanças climáticas e redução na emissão de GEE, uma proposta de redução de 38 a 46% (pontos percentuais) dos índices atuais de emissão dos gases responsáveis pelo aquecimento global, sendo que o setor responsável pelos maiores índices de emissão é o da agropecuária brasileira, e o governo federal, em seu âmbito interno, reafirma ao setor agropecuário índices de crescimento altos para os próximos anos. Como se percebe, algo está errado, pois tais posicionamentos por parte do governo brasileiro são, no mínimo, incompatíveis, para não dizer contraditórios e contrafactuais.

Vejamos aqui o caso da aplicação dos princípios da precaução e prevenção ambiental em face dos efeitos ambientais provocados por atividades econômicas na atualidade. Os Estados, cada vez mais, têm buscado incorporar em seus textos constitucionais ou infraconstitucionais, referências aos princípios da precaução e prevenção ambientais. O marco decisivo para a observância desses princípios por parte dos Estados foi, sem dúvida, a Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente, realizada em 1972 na cidade de Estocolmo. Dos 26 princípios que integraram a Declaração do Meio Ambiente destacamos a prevenção e precaução ambientais.¹⁰ Essa Declaração do Meio Ambiente passou a orientar a elaboração dos textos legais dos países signatários do documento. Na legislação brasileira, percebemos a observância a esses princípios desde a entrada em vigor da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n. 6.938/81 –, que destaca dentro os objetivos da política pública ambiental a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico e a preservação dos recursos ambientais, com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente – nos termos do art. 4º, incisos I e VI. Dentre os princípios a serem observados pela política ambiental nacional encontra-se a proteção dos ecossistemas, com a preservação das áreas representativas e a proteção das áreas ameaçadas de degradação – conforme o art. 2º da Lei 6.938/81.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, houve a chancela constitucional à importância e obrigatoriedade de aplicação e observância aos princípios da prevenção e precaução ambiental. A reafirmação desses princípios em âmbito

¹⁰ Segundo o princípio 4 “O Homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar prudentemente o patrimônio representado pela flora e pela fauna silvestres, bom como pelo seu habitat...ao se planejar o desenvolvimento econômico deve-se atribuir uma importância específica à conservação da Natureza[...]”. (SILVA, 2003, p.60). O planejamento racional para ocupação dos solos, seja para fins agrícolas seja urbanísticos, deve evitar os efeitos prejudiciais ao ambiente e visar à obtenção máxima de benefícios sociais, econômicos e ambientais para todos, conforme os princípios 14 e 15 do documento.

internacional deu-se, mais uma vez, por meio da Declaração do Rio de 1992. Nesta nova declaração, os Estados membros reafirmaram suas preocupações com a questão ambiental mundial e a prevenção e precaução ambientais, como expresso nos princípios de 8¹¹ e 15¹², respectivamente. Com relação a conferência internacional Rio+20, realizada em 2012, os estados comprometeram-se no documento final “O futuro que queremos” a não retroceder nas decisões até então tomadas em relação as questões ambientais, em outras palavras, afirmam que o princípio da proibição de retrocesso ecológico deverá ser observado pelos Estados em âmbito interno e externo.

O princípio da prevenção ambiental está associado aos conceitos de desenvolvimento sustentado e equilíbrio ecológico, o que indica uma interação do homem com a natureza e seus recursos ambientais. Este princípio visa à adoção de medidas prioritárias que evitem o nascimento dos riscos de danos ao ambiente, ou seja, refere-se a uma conduta racional diante de um mal que a ciência pode mensurar, que se encontra dentro das certezas científicas.

O princípio da precaução ambiental deve ser adotado sempre que há perigo de ocorrência de dano grave ou irreversível diante da incerteza científica, tornando-se necessária a adoção de medidas eficazes para impedir a ocorrência da possível lesividade ambiental. A precaução ambiental está associada à ideia do risco não mensurável, isto é, não avaliável, decorrente da incerteza, da falta de conhecimento científico preciso que afaste a possibilidade de uma avaliação prévia. Todas as atividades econômicas que sejam efetiva ou potencialmente degradadoras

11 “ A fim de conseguir-se um desenvolvimento sustentado e uma qualidade de vida mais elevada para todos os povos, os Estados devem reduzir e eliminar os modos de produção e de consumo não viáveis e promover políticas demográficas apropriadas”. (MACHADO, 2006, p. 82).

12 “ De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. (MACHADO, 2006, p. 63).

do ambiente, cujos graus de degradação e formas de controle de impactos negativos sejam conhecidos e realizáveis, orientam-se pelo princípio da prevenção ambiental. Como exemplo, há obrigatoriedade de projetos e planos de recuperação de áreas degradadas pela atividade de extração de minerais.

Diante da incerteza científica ou do desconhecimento específico sobre a extensão e grau da degradação ambiental, bem como das medidas mais adequadamente cabíveis, devemos observar o princípio da precaução ambiental, o que sugere a abstenção momentânea da atividade até se atingir um certo grau de segurança, ou a implementação da atividade com todos os seus possíveis perigos e riscos. No último caso, os Estados deveriam consultar a população sobre a realização ou não dessas atividades, pois as incertezas são grandes e as consequências negativas, incalculáveis; logo, podem ser não meramente por decisões políticas, sem que haja em contrapartida um fundo de amparo para os possíveis efeitos lesivos.

Muitas vezes a aplicação desses princípios torna-se confusa e contraditória como, por exemplo, no caso da Lei de Biossegurança brasileira – Lei n. 11.105/05 –, que em seu art. 1º estabelece e autoriza a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a exportação e importação, bem como o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no ambiente e o descarte de OGMs, observando-se o princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. É impossível e incompatível aplicar o princípio da precaução – que pressupõe uma abstenção temporária a atividade e intervenção no meio – diante da determinação legal que libera o cultivo, a produção, bem como a comercialização, consumo e armazenamento, entre outras, de OGM, cujas as consequências lesivas ao meio ainda não podem ser mensuradas. Ou o legislador se equivocou ao definir a observância ao princípio da precaução, ou, por total ignorância do significado de tal princípio, errou ao fazer tal estipulação legal. O fato é que, enquanto dura a discussão dessas incongruências legislativas, as empresas detentoras da tecnologia dos OGMs estão operando e faturan-

do; por sua vez, a população e o próprio Estado sequer mensuraram as possíveis consequências danosas ao ambiente e à saúde humana que possam vir a enfrentar.

Estado e proteção ambiental: o reconhecimento do ambiente como bem jurídico

A institucionalização do discurso ambiental é fruto de inúmeros movimentos de cunho social, cultural, científico, econômico e desenvolvimentista ocorridos com maior ênfase nas três últimas décadas do século 20. No Brasil, não temos um único marco que possa ser tomado como ponto de partida para a institucionalização das questões ambientais. Todavia, acreditamos que a participação do Brasil na Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente, ocorrida em 1972 em Estocolmo, na Suécia, passou a influenciar de forma decisiva a orientação política e legal adotada pelo Estado brasileiro, porém com uma certa dissonância das nossas questões sociais. A temática ambiental surge e se mantém mais em razão de um “dever” ou comprometimento internacional do que propriamente de uma opção do Estado e da sociedade brasileira. Prova disso é a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente¹³, que possui um avançado rol de princípios legais e instrumentos de proteção ambiental, mas tem sua aplicação condicionada a decretos e resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama, o que a torna, no campo prático, de difícil observância pelos destinatários. Sem falar dos agentes públicos encarregados de realizar a fiscalização da execução da política ambiental e da verificação da observância da lei ambiental, que são em número reduzido (de agentes) e trabalham em condições precárias, com poucos equipamentos, o que dificulta suas atuações.

¹³ Lei n. 6.938/81.

O reconhecimento do ambiente como bem jurídico é algo relativamente recente, que surge com maior ênfase e importância na segunda metade do século 20. A expressão “bem jurídico” designa todo valor da vida humana protegido pelo direito. Contudo, o processo de eleição e reconhecimento de um determinado bem como sendo importante para a vida humana, que orientará o sentido e conteúdo da norma, realiza-se num espaço conflitivo de interesses, prevalecendo os interesses de determinados grupos, que estão ligados a setores politicamente articulados. Por isso, podemos afirmar que o bem jurídico tem um sentido social próprio, anterior à norma e em si mesmo decidido. Não que expresse a real necessidade de um conjunto social, mas, sim, representa a vitória de forças que estão, no aspecto político, bem articuladas a ponto de fazerem prevalecer seus interesses por meio de uma norma legal que impõe deveres e obrigações aos seus destinatários, os indivíduos que integram o conjunto social.

Na contemporaneidade verificamos que o surgimento do ambiente como bem jurídico ocorreu a partir do advento e reconhecimento dos interesses transindividuais – categoria esta combatida e rejeitada por muitos juristas que têm dificuldades de acompanhar os movimentos de transformação e evolução de nossa sociedade. O reconhecimento desses novos interesses levou em consideração o grau de escassez de alguns recursos ambientais, mas isso não se operou de maneira pacífica; é algo marcante e até confuso para o conjunto social e, sobretudo, para o mundo jurídico. Os ditos interesses “transindividuais” ou “metaindividuais”¹⁴ referem-se a situações que ultrapassam a esfera meramente particular dos indivíduos, os quais, em razão da vulnerabilidade, precisam obter a proteção desses interesses, que em certos casos são imateriais ou não se realizam num único objeto material, como, por exemplo, a qualidade de vida. Essa constatação facultou-nos afirmar que esses interesses na área am-

¹⁴ Nesta tese, adotaremos a expressão “transindividual”, embora pudéssemos falar em “metaindividuais”, ambas reconhecidas para indicar os chamados “novos direitos” ou “interesses relativos ao meio ambiente”.

biental foram se formando e se desenvolvendo concomitante às transformações do Estado contemporâneo, os quais associamos a questões relativas ao reconhecimento e desdobramentos dos próprios direitos humanos. Desse modo, temos, num primeiro momento, o reconhecimento dos direitos individuais, passando, após, para os sociais e, posteriormente, aos transindividuais, e assim por diante.

Os direitos “ditos” humanos surgem de um processo histórico de construção e reconhecimento, para cuja efetivação há a necessária base de bens naturais. Segundo Bobbio (1992), nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada constituição incorpora declarações de direito) para, finalmente, encontrarem a realização como direitos positivos¹⁵ – mas que nesse momento nada têm a ver com a proteção dos recursos naturais que integram o ambiente. A preocupação de reconhecimento do meio ambiente como objeto jurídico, passível de proteção por parte do Estado, constitui questão recente. A ascensão dos direitos hodiernamente entendidos como “fundamentais” é fruto de lutas num processo histórico atribulado, por meio do qual as necessidades e as aspirações dos grupos (indivíduos, agentes sociais promotores da história) se articularam em reivindicações para, num segundo momento, serem reconhecidos como direitos e positivados. Assim, a geração de direitos difusos¹⁶ constituiu-se a partir de aspectos que dificilmente podem ser restritos aos indivíduos isoladamente, basicamente compreendendo os direitos relacionados à questão ecológica, ao ambiente não po-

¹⁵ Enquanto processo de construção histórica e social, o reconhecimento dos direitos humanos passou por fases distintas, às quais Bobbio (1992) denomina de “gerações”. Na primeira geração identificamos os chamados direitos de liberdade civil, política, também conhecidos como das liberdades negativas do Estado; a segunda geração de direitos humanos foi alcançada pelo reconhecimento dos direitos sociais, compreendidos como os direitos à saúde, ao trabalho e à educação, entre outros; já a terceira geração constitui uma categoria heterogênea e vaga, como direito ao meio ambiente, etc.

¹⁶ Espécie de direitos ou interesses transindividuais, os assim entendidos interesses indivisíveis, cujos titulares são pessoas indeterminadas ligadas pela situação fática.

luído, e os direitos do consumidor, entre outros; também se denominam direitos transindividuais de natureza difusa ou coletiva. Além disso, pode-se acrescentar a geração dos direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e à bioengenharia e que tratam de questões sobre a vida e a morte, bem como aqueles advindos da realidade virtual, que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade.

Isto significou que dos direitos individuais passou-se a considerar também os direitos sociais, isto é, do indivíduo enquanto membro de um grupo (direitos do trabalhador, etc.). Por outro lado, a titularidade de alguns direitos foi estendida dos sujeitos individuais aos grupos, como minorias étnicas, religiosas, a humanidade (no caso do meio ambiente), além de ter sido atribuída a sujeitos diferentes do homem, como os animais, a natureza, etc. [...]. Todos esses novos direitos mostram um grande aumento da complexidade social, bem como assinala, mais do que nunca, a presença de certos paradoxos do “bom governo” e da “justiça”, quando se trata de privilegiar mais a liberdade em detrimento da igualdade e vice-versa no entendimento desses direitos. (OLIVEIRA JÚNIOR, 1997, p. 193-194).

Os direitos humanos relativos ao meio ambiente, sem negar os anteriores – direitos de liberdade e sociais –, incluem na agenda jurídica e política o princípio da solidariedade, o princípio da precaução, da preservação e da prevenção. São direitos humanos de solidariedade que não buscam somente a garantia individual contra determinados atos, sequer só a garantia e segurança coletiva positiva, mas, indo além, têm como destinatários o próprio gênero humano. São direitos que refletem, concomitantemente, potencialidades construtivas e destrutivas do desenvolvimento civilizatório. (MORAIS, 1996). Emergem da compreensão da necessária preservação ambiental como garantia de sobrevivência, a busca da paz, a manutenção do patrimônio comum da humanidade, a compreensão do direito ao desenvolvimento das presentes e futuras gerações, entre outros.

A complexidade das relações sociais decorrentes do processo desencadeado pela Modernidade, em seus variados processos

de modernização, pelos quais têm passado todo o conjunto social, fez eclodir a proteção de interesses que transcendessem a individualidade, contudo sem negá-la. O movimento de agregar aos direitos civis, políticos e sociais os transindividuais é marcado pela necessidade de uma visão transdisciplinar para a solução de controvérsias coletivas (OLIVERIA JÚNIOR, 2000). As transformações sociais ocorridas, com a dominação da natureza e exaustão de recursos naturais, especialmente na segunda metade do século 20, fomentaram o processo de reconhecimento de direitos transindividuais, cujo conteúdo é genérico, tendo como destinatários diretos e indiretos a espécie humana. “O seu assecuramento ou a sua violação atingem inarredavelmente este conjunto indeterminado de indivíduos”. (MORAIS, 1996, p. 166).

Há que se considerar que por vários séculos a ação do homem sobre a natureza, foi direcionada no sentido do domínio e da exploração, desvinculada de planos de desenvolvimento e conservação, pois se acreditava que os recursos ambientais seriam ilimitados. Paulatinamente, foram surgindo, porém especialmente notados, os problemas ambientais (esgotamento de recursos, devastações, riscos, escassez, doenças, epidemias...) impulsionados pelo desenvolvimento industrial. Os problemas ambientais, consequências nocivas da intervenção humana ao longo dos tempos, fizeram eclodir movimentos de proteção ao meio ambiente, em espaços e tempos diferentes e, ordinariamente, por motivos diferentes¹⁷.

Uma vez reconhecidas essas demandas sociais de natureza coletiva, fez-se necessária a materialização de sua proteção atra-

¹⁷ Não obstante, o conhecimento dos especialistas florestais alemães do final do século 19, esse foi exportado, para os Estados Unidos e Índia, seguindo para a Austrália. Nessa altura, já não era mais possível dissociar os objetivos dos movimentos nacionais de proteção ambiental, pois a cena para o movimento ambiental global estava pronta (McCORMICK, 1992). No século 20 várias foram as tentativas de direcionamento sobre as questões ambientais, como não havia uma diretiva mundial. Em junho de 1972, na cidade de Estocolmo, foi realizada a primeira grande conferência mundial para tratar das questões ambientais, voltadas para o desenvolvimento e a manutenção da vida com qualidade na Terra, como reação ao desenvolvimento industrial e econômico centralizado e a exploração de países desenvolvidos sobre os subdesenvolvidos.

vés do direito. Isso impulsionou a eclosão, por exemplo, no âmbito nacional brasileiro, da legislação criada para a proteção desses interesses, especialmente os referentes aos recursos ambientais¹⁸, e revela que o Estado brasileiro, de uma forma ou de outra, tem aplicado em seu âmbito territorial os princípios dos documentos internacionais de Estocolmo e da Rio/92. Os chamados “recursos ambientais”, essenciais para o desenvolvimento e manutenção das espécies vivas, tornando-os objeto de proteção no âmbito do direito.

Não podemos negar que a materialização da proteção desses novos bens e interesses, tornando-os bens jurídicos, operou-se na sociedade brasileira a partir do momento em que as demandas de grupos específicos passaram a incluí-los de forma mediata ou imediata em suas pautas de reivindicações. Pois nas décadas de 70 e 80 do século 20, foram muitos, os movimentos ambientais que levantaram o debate sobre questões ambientais e culminaram com a adoção de princípios de proteção ambientais a serem observados pelos Estados.

No Brasil, no final da década de 80 do século 20, com a abertura política e fim do regime ditatorial, mais especificamente, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a proteção ambiental passou a ocupar um lugar de suma importância, cujos desdobramentos pautam toda legislação complementar infraconstitucional. A sua definição e abrangência são o objeto a seguir tratado.

¹⁸ Por recursos ambientais entendem-se a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora, nos termos do inciso V, do art. 3º, da lei 6.938/81.

Bens ambientais e suas condições de uso social

No campo jurídico-legal, o bem ambiental apresenta-se protegido por meio do art. 225¹⁹ da Constituição Federal de 1988, como uma estrutura de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. A referência constitucional não se reporta a uma pessoa individualmente concebida, mas a uma coletividade de pessoas indefinidas, o que mostra seu caráter transindividual, em que não se determinam, de forma rigorosa, os titulares do direito. O bem ambiental é um bem essencial à sadia qualidade de vida e de uso comum do povo, podendo ser desfrutado por toda pessoa dentro dos contornos impostos pelo texto constitucional.

Não podemos ignorar que a concepção privatista do direito de propriedade, vigente em vários Estados nacionais e também na legislação complementar brasileira, constituía forte barreira à atuação do poder público na proteção do meio ambiente. Contudo, paulatinamente, houve um incremento da proteção jurídica aos recursos ambientais, dentre os quais os naturais, muito embora as ações governamentais não tenham se dado nesse mesmo sentido.

As características do bem ambiental, ou seja, a sua condição de “bem de uso comum do povo” e “essencial à sadia qualidade de vida”, demonstram que esta qualidade consiste em que pode ser desfrutado por toda e qualquer pessoa. Evidentemente, nos limites fixados pela própria Constituição Federal, não cabe a ninguém dele dispor ou transacioná-lo. Isso significa que a utilização dos recursos ambientais, quando possível, autorizada pelas normas que regulamentam a vida em sociedade, deve ser feita conforme as disposições legais ou regulamentares dispostas pelo Estado. Não dispõe o particular, na sua individualidade, de

¹⁹ “ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.[...]” (BRASIL, 2009a, p. 139).

qualquer gerência absoluta ou predomínio nos desígnios de sua vontade sobre esses recursos. Supera-se, portanto a ideia de propriedade privada sobre bens, pela qual se poderia usar, gozar, dispor ou transacionar tal bem da forma que melhor nos facultasse. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 refere que a propriedade como direito fundamental do indivíduo, deve cumprir sua função social, em cujos meandros está incluída a proteção do meio ambiente. Qualquer uso com efeitos nocivos, que acarrete danos ao ambiente, enquanto um conjunto de atributos fundamentais para a qualidade de vida dos indivíduos, será considerado como afronta ao sistema constitucional vigente, porque viola a garantia constitucional de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Como bem de uso comum do povo, devemos não apenas garantir acesso e fruição ao conjunto de atributos naturais, artificiais ou culturais a que denominamos “bens ambientais”, mas, sobretudo, que este seja realizado em condições que não afetem a saúde e o bem-estar dos indivíduos, bem como a capacidade de suporte do ecossistema.

Quanto à característica de ser um bem essencial à sadia qualidade de vida, remetemo-nos aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Uma vida digna só é atingida com a satisfação de valores fundamentais capazes de prover as necessidades básicas dos indivíduos, proporcionando-lhe bens para garantia da dignidade.

Não obstante, para que os indivíduos possam desfrutar da sadia qualidade de vida, enquanto fundamento democrático de direitos ou direitos fundamentais, trata-se de incorporar a dignidade humana como um dos fundamentos mais importantes desse Estado. De fato, o reconhecimento e a efetivação dos direitos de solidariedade, pautados por uma relação de comprometimento entre sociedade e ambiente, como o de vivermos num meio ecologicamente equilibrado, não suprimem, senão que ratificam, os direitos civis, políticos e sociais.

Outro aspecto importante com relação ao bem ambiental é que sua índole jurídica não guarda, necessariamente, compati-

lidade absoluta com o direito de propriedade. Ao determiná-lo como “bem de uso comum do povo”, instituiu-se no plano constitucional que o acesso e utilização deste bem deve pautar-se pelas especificações legais e, principalmente, que não afete a qualidade no ambiente e dos ecossistemas que o integram, bem como, comprometer ou colocar em risco a qualidade de vida dos atores sociais.

Há que considerarmos, ainda, a indisponibilidade do bem ambiental em razão da supremacia do interesse público que lhe é peculiar. Nessa orientação, a indisponibilidade do interesse público na proteção ambiental deve ser considerada como fundamental não apenas para a proteção do ambiente e dos recursos que o compreendem, mas também para a própria organização da sociedade. “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral inerente a qualquer sociedade” (MELLO, 1995, p. 44). Este princípio é pressuposto lógico do convívio social, é condição de existência para qualquer sociedade. E, se estamos tratando de algo fundamental, significa que dele – o bem ambiental – não podemos dispor, é inegociável. Mesmo que quiséssemos, não poderíamos abrir mão, em razão da sua indisponibilidade.

No aspecto jurídico-legal, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado significa que, em prol da Administração Pública, há a preponderância do interesse entregue à sua cura. Por essa razão, a Administração Pública tem a possibilidade de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais, os quais são imperativos, isto é, trazem consigo a exigibilidade, traduzida na previsão legal de sanções ou providências indiretas que levam o administrado a acatá-los.

As prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da administração, porquanto esta jamais dispõe de “poderes”, *sic et simpliciter*. Na verdade o que nela se encontram são “deveres-poderes”, [...]. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de “função”.

Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao *dever* de buscar, no *interesse de outrem*, o atendimento a certa finali-

dade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar *poderes*, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como meios imposteráveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir. (MELLO, 1995, p. 45).

Pretendemos, portanto, destacar que a Administração Pública tem o dever institucional – pois instituído pela ordem constitucional vigente – de proteger o ambiente de acordo com o rigor da lei. Esse dever se encontra consubstanciado na redação do *caput* do art. 225 da Constituição Federal de 1988 pela expressão: “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. O princípio da supremacia do interesse público guia o legislador regulamentar e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação. Unido a este princípio está o da indisponibilidade do interesse público. A administração tem um poder-dever quanto a estes interesses, não podendo deixar de agir sob pena de responder pela omissão.²⁰ Assim, deve a administração pública garantir a efetivação da proteção dos bens ambientais em razão da supremacia do interesse público e da indisponibilidade desses bens ambientais.

Mas, afinal, o que compreendem os chamados “bens ambientais”? Por bens ambientais compreendemos todos os atributos naturais, artificiais e culturais que integram o meio no qual estamos inseridos e que, na ótica da presente discussão, tenham recebido proteção jurídica específica por parte do Estado, por meio de textos normativos legais, com os quais se ocupa o direito.

²⁰ Sobre a responsabilidade civil dos agentes públicos em razão dos danos ambientais causados por sua omissão, ver: SCHONARDIE, Elenise Felzke. *Dano ambiental: a omissão dos agentes públicos*. Passo Fundo: EdiUPF, 2005.

Os elementos do meio ambiente, ou seja, os recursos ambientais²¹ naturais ou artificiais, assim como os equipamentos urbanos, bem como os expedientes culturais compõem importantes subsídios para determinada população num determinado espaço e tempo. Estes recursos são considerados importantes para a sociedade brasileira e elevados a categorias de bens jurídicos. A complexidade da questão em análise não se restringe à determinação do que compreendem os bens ambientais, mas, sim, à verificação do pertencimento desses recursos denominados como “bens de uso comum do povo”.

Para a proteção dos bens ambientais há uma série de instrumentos administrativos e judiciais instituídos por lei. Na esfera jurisdicional brasileira temos a Ação Civil Pública – Lei 7.347 de 1985 – que visa à responsabilização civil por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, bem como a ação penal por crimes contra o ambiente, condutas tipificadas pela Lei 9.605/98, que dispõe sobre os crimes ambientais. Esta última ocorre toda vez que a lesão, o dano ou o risco causado ao meio ambiente se enquadre em alguma conduta descrita em lei como sendo “crime ambiental”. Toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico protegido pela norma penal ambiental, passa a constituir crime, se presentes estiverem, no caso concreto, os elementos daquela determinada figura criminosa.

No que diz respeito aos instrumentos²² de proteção ambiental de atuação prévia da Administração Pública, encontramos dentre outros, os licenciamentos ambientais e os estudos prévios de impacto ambiental. Nesses casos, a Administração Pública dispõe de instrumentos de controle ambiental que se constituem em atos e medidas destinados a verificar não apenas a observância de normas ambientais pelos seus destinatários,

²¹ Conforme a Lei n. 6.938/81, art. 3º, inciso V, entende-se por recursos ambientais a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. (BRASIL, 2009a., p. 844)

²² A Lei n. 6.938 de 1981, estabelece em seu art. 9º o rol dos instrumentos administrativos de controle e proteção ambiental.

mas, sobretudo, realizar um certo controle sobre os recursos ambientais sujeitos à extração e a maneira como esta se realiza. Se houver inobservância das normas de controle e proteção ambientais pelos seus destinatários e isso constituir lesão ou ameaça de lesão aos bens ambientais, o titular do recurso ambiental poderá acionar o sistema de responsabilização ambiental por danos, infrações administrativas ou crimes contra o meio ambiente.

O Estado brasileiro atribuiu à União a titularidade de quase totalidade dos bens e recursos ambientais, nos termos do artigo 20 da Constituição Federal, para que a mesma, através da instituição de políticas ambientais pudesse garantir a proteção desses recursos que são considerados como bens de uso comum do povo. Não podendo, assim, serem apropriados no proveito particular e individualizados de interesse do capital, mas sim, sua fruição, quando adequada e necessária, deve refletir-se em favor da coletividade. A relação entre Estado e meio ambiente está definida como uma relação de guarda, zelo e responsabilidade.

No campo empírico, a utilização dos recursos ambientais pelos indivíduos que integram a sociedade nem sempre observa as determinações legais de controle e proteção desses recursos naturais. Via de regra, a utilização de recursos ambientais naturais dá-se pela extração, processo mecânico realizado por indivíduos com auxílio de máquinas e ou materiais explosivos, como no caso dos recursos naturais de origem mineral. As atividades de localização, dimensionamento e extração dos recursos naturais são realizadas visando à obtenção de matéria-prima para integrar os processos de transformação da matéria e agregar-lhe valor.

De modo geral, os recursos ambientais são entendidos como coisa passível de apropriação²³, sem que a necessidade de preocupação com a recuperação da área degradada seja internalizada pelos sujeitos. A legislação brasileira em vigor, por própria

²³ Concepção da natureza como algo que nos é dado para ser explorado – dialética da natureza.

determinação constitucional obriga o utilizador de recursos ambientais a recuperação da área degradada. Essa deveria dar-se automaticamente a exploração dos recursos ambientais. Contudo, esse aspecto obrigacional é descurado por parte dos permissionários que, tentam justificar a inobservância à lei com argumentos de ordem econômico e social, o que no mínimo é paradoxal, na medida em que a degradação da qualidade ambiental constitui-se em dano ambiental que pode, dependendo da situação, atingir os atributos ambientais assegurados pela Constituição Federal enquanto bem de uso comum do povo e a própria qualidade de vida da população.

Todavia, não vamos ficar adstritos aos aspectos negativos e catastróficos que permeiam a questão ambiental; nossa obrigação é identificar as potencialidades da realidade social que se apresenta e, com base nessas, orientar os processos de regulação e utilização dos bens ambientais. Em busca da promoção da qualidade de vida e da dignidade humana, na sociedade brasileira (e porque não todas as sociedades?) podemos redirecionar as ações intervenção nos recursos ambientais que são capazes de levar ao desequilíbrio ambiental e a escassez dos recursos naturais para uma nova lógica. Um modelo de Estado que deve ser edificado com justiça ambiental, garantindo um amplo acesso à justiça, via tutela jurisdicional do ambiente e também por meio de políticas de meio ambiente alicerçadas em princípios estruturantes (preservação, prevenção, precaução, dignidade humana e justiça socioambiental) que vão se desenvolvendo a partir das complexas questões que envolvem os nossos sistemas sociais de desenvolvimento.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. *Dicionário de Política*. Tradução João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n. 53, de 19-12-2006. Coletânea de legislação ambiental e Constituição Federal. Odete Medauar(org.). 6. ed. São Paulo: RT, 2009a .

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Coletânea de legislação ambiental e Constituição Federal. Odete Medauar(org.). 6. ed. São Paulo: RT, 2009b.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Coletânea de legislação ambiental e Constituição Federal. Odete Medauar(org.). 6. ed. São Paulo: RT, 2009d.

_____. Lei n. 9.605, de 11 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre os Crimes Ambientais e as Infrações Administrativas Ambientais. Coletânea de legislação ambiental e Constituição Federal. Odete Medauar(org.). 6. ed. São Paulo: RT, 2009f.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. 2. ed. Campinas, SP: Papirus, 1988.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAIS, Jose Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORAIS, Jose Luis. Do estado social das “carências” ao estado social dos “riscos”. *Ou: de como a questão ambiental*

especula por uma “nova cultura” jurídico-política, In STRECK, Lenio Luiz et al.. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2008.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-Modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

PILHAGEM, RISCO E INJUSTIÇAS AMBIENTAIS: O PODER NA SOCIEDADE EM REDE¹

Rafael Santos de Oliveira²

Márcia Samuel Kessler³

INTRODUÇÃO

Ao nos conectarmos ao restante do mundo pela televisão, computadores e jornais, os meios de comunicação em geral promovem uma invasão de alertas apocalípticos utilizando terminologias sobre os riscos atualmente relacionados ao meio ambiente. Alguns desses temas presentes nos discursos midiáticos são sobre: mudanças climáticas (em que o novo relatório do

¹ O presente artigo é resultado de estudos desenvolvidos junto ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM), na Área de Concentração de Direitos Emergentes da Sociedade Global, nas linhas de pesquisa de Direito da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade e Direitos na Sociedade em Rede.

² Professor Adjunto II no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Integração Latino-Americana (Direito da Integração) pela Universidade Federal de Santa Maria. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. E-mail: rafael.oliveira@ufsm.br

³ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Graduada em Direito e Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bolsista CAPES. E-mail: marcia.kessler@gmail.com

IPCC em breve será manchete pelo mundo⁴), economia de baixo carbono, sustentabilidade, eco-desenvolvimento e desenvolvimento sustentável. Em âmbito global, os países buscam realizar acordos internacionais na tentativa de frear esse suposto veículo desgovernado, que se dirige em alta velocidade rumo a um abismo ambiental. Um simulacro cataclísmico.

O que na realidade não fica muito evidente nos discursos que se tem acesso é a intenção por trás de todas essas legislações ambientais em âmbito local e de acordos internacionais, em torno dessa catástrofe pretensamente iminente e anunciada. Ao longo desse texto, se buscará trazer à tona essas camadas de discursos entranhados sob o rótulo de "risco"⁵, fazendo-se uma releitura acerca do que chamamos de uma "pilhagem pós-moderna do meio ambiente".

A partir de uma visão do sul⁶, cabe nos perguntarmos a quem, como e por que serve esse discurso retórico de "desenvolvimento sustentável", que busca se estabelecer como um símbolo de convivência harmônica entre meio ambiente e economia internacional. Devemos ainda questionar acerca da (in)justiça global provocada pela atividade de industrialização tradicional e tardia, os quais geram passivos ambientais a indivíduos que se veem excluídos da "vita activa"⁷.

4 IPCC. WORKING GROUP I. **Contribution to the IPCC Fifth Assessment report: final draft underlying scientific:** technical assessment. Disponível em: <www.ipcc.ch/report/ar5/wg1/>. Acesso em: 7 out 2013.

5 Nesse sentido, entende-se risco no mesmo sentido proposto pelo sociólogo alemão Ulrich Beck. Vide BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva:** política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p.14.

6 Nesse sentido, se faz importante esclarecer o sentido da expressão "sul", aqui trazida nas palavras do professor Boaventura de Sousa Santos e da pesquisadora Maria Paula Meneses: "Esta concepção do Sul sobrepe-se em parte com o Sul geográfico, o conjunto de países e regiões do mundo que foram submetidos ao colonialismo europeu e que, com exceções como, por exemplo, da Austrália e da Nova Zelândia, não atingiram níveis de desenvolvimento econômico semelhantes ao do Norte global (Europa e América do Norte)". MENESES, Maria Paula. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Epistemologias do sul.** São Paulo: Cortez, 2010, p.19.

7 O termo "vita activa" remete à obra da filósofa alemã Hannah Arendt, compreendendo três distintas atividades humanas fundamentais: labor, trabalho e

Por meio de uma análise dessa “pilhagem pós-moderna do meio ambiente”, se observará como a sociedade atual auxilia a manutenção dos discursos de dominação, por meio de uma cultura de consumo e individualismo⁸. Essa cultura implica impactos negativos à população, por meio da ação antrópica.

Em meio à injustiça ambiental⁹ presente ao redor do globo, cumpre destacar ao fim do texto a importância que podem assumir as novas tecnologias como meio de proteção do meio ambiente e mobilização. Acredita-se que por meio da formação de redes pode-se desenvolver um empoderamento inter e intra-estatal que sirva de instrumento para promoção da solidariedade entre os cidadãos e nações. Solidariedade essa que se desenvolve em meio a uma invisível rede de esperança¹⁰ por mudanças na conjuntura atual.

1. O discurso do “risco” e a pilhagem ambiental pós-moderna

A partir dos constantes alertas a respeito da vulnerabilidade social em relação aos “riscos” ambientais, cabe tecermos uma

ação. ARENDT, Hannah. **A condição humana**/ tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

⁸ O filósofo francês Gilles Lipotevtsky aborda a sociedade de consumo e o individualismo, contudo entende que estejamos em meio a uma hipermodernidade, por acreditar que os valores da modernidade se apresentem de forma bastante acentuada. Nesse sentido, LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre uma sociedade de hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

⁹ Para o professor Henri Acselrad “Definiu-se então por *injustiça ambiental* o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis”. ACSELRAD, Henri. **O que é justiça ambiental**/ Henri Acselrad, Cecília Campello do A. Mello, Gustavo das Neves Bezerra. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p.40-41, grifos do autor.

¹⁰ Para maior aprofundamento da ideia de “redes de indignação e esperança”, vide CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

maior reflexão acerca do tema. Inicialmente, poder-se-ia cogitar sua relevância à sociedade, tendo-se em vista que o “risco” serviria como um alerta a todos de que a natureza também pode responder (e não com palavras). Portanto, em meio a uma suposta iminência de uma grande catástrofe causada por toda a humanidade, percebe-se que as falas mais recorrentes são as de que para evitarmos que esse “risco” nos atinja de uma forma a dizimar a população da terra, todos devemos nos unir em prol do meio ambiente e reduzir a produção de poluições. Mas por que esse discurso é tão difundido?

Em âmbito global esse discurso do “risco” vem servindo como balizador das ações internacionais dos países. Sob o véu de um discurso humanitário, os países têm firmado acordos de *soft law*, como forma de demonstrar que pactuam com a ideia de fim iminente da Terra e que estão dispostos a colaborar para a diminuição dos danos causados ao meio ambiente. Porém, além da ratificação dos acordos ambientais, esses países se propõem à redução significativa de suas atividades econômicas e industriais que geram a degradação ambiental?

Exemplo do que se busca demonstrar aqui é claramente refletido a partir da análise do atual insucesso do Protocolo de Quioto¹¹. O acordo que inicialmente parecia ser a panaceia para os problemas mundiais, apenas evidenciou o quanto os Estados foram mal sucedidos ao tentar atingir as metas propostas internacionalmente.

As metas iniciais acordadas pelos países previam uma redução de 5,2% nas emissões de gases de efeito estufa, quantidade aquém da realmente necessária para uma estabilização do aquecimento global. Não bastasse a aprovação de metas inferiores às que eram precisas, os Estados “em desenvolvimento”, dentre eles o Brasil, lideraram um movimento em prol da

¹¹ O Protocolo de Quioto foi ratificado na cidade de Kyoto, no Japão, em 1997, por 184 países. PORTAL BRASIL. **Protocolo de Quioto**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2010/11/protocolo-de-quioto>>. Acesso em: 11 out 2013.

criação de um mercado (o mercado de créditos de carbono), por meio do qual pudessem obter algum retorno financeiro.

Assim, o acordo que inicialmente deveria prever drásticas reduções de carbono no globo, como forma de reduzir o aquecimento global, teve dois principais objetivos alcançados: estipulou metas de redução de emissões de gases de efeito aquém das desejáveis e criou um mercado de bens intangíveis. Com mais esse mercado, os países “desenvolvidos” puderam “comprar” permissões para poluir, a partir de projetos de redução de emissões desenvolvidos nos países “em desenvolvimento”.

Observa-se, portanto, que o fracasso do Protocolo de Quioto não está somente em sua execução, mas principalmente na concepção de um projeto pouco desafiador na busca por mudanças na cultura global de industrialização massiva. Por essa razão, devido à ausência de comprometimento e solidariedade entre os países, observa-se a permanência de um discurso retórico de preservação do meio ambiente, o qual mascara uma realidade de devastação em massa dos recursos naturais.

Exemplo disso, pode ser notado a partir da própria política econômica adotada pelos últimos governos brasileiros. Em meio a crises econômicas globais, buscou-se aquecer a economia por meio do consumo de bens industrializados, reduzindo-se impostos, quando necessário.

Ao final de 2008¹², o governo brasileiro de Luís Inácio Lula da Silva decidiu pela redução dos Impostos de Produtos Industrializados (IPI)¹³. Esse imposto incide sobre produtos industrializados nacionais ou estrangeiros, aumentando seu valor conforme alíquotas de tributação previstas na Tabela do IPI. A Tabela do IPI (TIPI) lista uma série de produtos sobre os quais incide o imposto e cuja alteração de alíquotas ocorre por meio de decreto emitido pelo Poder Executivo, ou seja, de alteração

¹² Conforme Decreto n.º 6.687, de 11 de dezembro de 2008.

¹³ Além disso, cabe ressaltar que houve a redução do IOF (Imposto sobre Operações Financeiras) incidente sobre operações de crédito direto ao consumidor, crédito consignado e financiamentos de automóveis, o qual foi reduzido de 2,5% ao ano, para 1,5% ao ano.

mais facilitada. Em relação aos automóveis nacionais, o IPI pode ser responsável pelo aumento de seu preço em até 13% (como ocorria no caso de automóveis de 1 mil até 2 mil cilindradas de montadoras instaladas no Brasil).

Com a redução até zero da alíquota do IPI¹⁴ houve um crescimento bastante acentuado na compra de veículos no Brasil. Estimulou-se a economia, permitindo às grandes montadoras a venda de milhares de veículos que se encontravam parados em seus pátios e permitindo o aquecimento na produção, com a ampliação de um mercado consumidor promissor em vendas na América Latina. Mas além dos resultados econômicos, o que essa medida gerou?

Em recente pesquisa realizada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia do Brasil, o segundo inventário de emissões de gases de efeito estufa verificou que o Brasil aumentou suas emissões de carbono¹⁵. O motivo para esse aumento? Maior quantidade de gases resultantes da queima de combustíveis fósseis, os quais também servem para manter os carros se movimentando pelas rodovias mal pavimentadas do país.

Além dos efeitos diretos ao aquecimento global, deve-se observar os efeitos dessa política a todas as camadas da sociedade brasileira. Sem acesso a um sistema de transporte público de qualidade, se vêm afetadas pela poluição causada pela frota de veículos automotores vendidos de forma massiva, bem como pelas demoradas viagens, prolongadas pelos congestionamentos estabelecidos no trajeto entre suas casas e seus empregos.

O aumento do consumo de combustíveis fósseis gera a poluição atmosférica, prejudicando a saúde da população e aumentando a emissão de gases de efeito estufa. Ou seja, o aquecimen-

¹⁴ A redução a zero na alíquota do IPI deu-se em relação a automóveis de até mil cilindradas, de montadoras instaladas no Brasil, cuja alíquota anterior era de 7%.

¹⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. **Segundo inventário brasileiro de emissões antrópicas de gases de efeito estufa**. Disponível em: <http://www.cetesb.sp.gov.br/userfiles/file/mudancasclimaticas/geesp/file/docs/publicacao/nacional/2_comunicacao_nacional/rr/residuos/brasil_mcti_residuos.pdf>.

Acesso em: 10 out 2013.

to da economia brasileira - realizado em conjunto com grandes montadoras internacionais, contribui para o aquecimento do planeta. Ou ainda, pode-se afirmar que sejam os países desenvolvidos e subdesenvolvidos trabalhando em conjunto para o crescimento das injustiças ambientais ao redor do globo.

Mas devemos nos perguntar: e a noção de “risco”? O “risco” - o qual não é uma constante - como se afirma - fundamenta todo um discurso de diminuição do crescimento das economias. Em um jogo político internacional, os Estados utilizam-se da noção de “risco” de catástrofes iminentes para criar uma sensação de insegurança que justifique a atual forma de pilhagem ambiental pós-moderna.

No âmbito geopolítico o discurso parece ser de apoio mútuo entre os países, mas se analisarmos o cenário existente, grande parte das matérias-primas utilizadas pelos países “desenvolvidos” ainda provém de suas “neo-colônias”, denominadas países “em desenvolvimento”. Dessa forma, observa-se porque o Protocolo de Quioto não previu uma redução global desafiadora em seus objetivos. Convém a manutenção de uma relação entre o sul, responsável pela criação de projetos de redução de poluição, enquanto o norte se exime da redução drástica de suas atividades industriais, ampliando mercados¹⁶ até mesmo quando se trata de proteção ambiental (como no caso da criação do mercado de carbono).

Quando o governo adota uma postura de incentivo à desmedida manufatura de produtos está permitindo a excessiva transformação da natureza. Esta postura governamental incentiva a injustiça ambiental, gerando passivos ambientais e sociais. Ou seja, as políticas públicas adotadas por um governo em prol da manutenção de determinados setores repercutem em diversas outras áreas, dentre elas a ambiental.

¹⁶ Segundo pesquisa realizada pela WardsAuto - Centro de informação sobre a indústria automotiva global-, o Brasil hoje é o 4º maior vendedor mundial de veículos automotores -. WARDAUTO. **World Vehicle Sales Rise, Led By Gains in North and South America**. Disponível em: <<http://wardsauto.com/world/world-vehicle-sales-rise-led-gains-north-and-south-america>>. Acesso em: 10 out 2013.

Isso faz concluir que o discurso de “proteção ambiental” e “risco” pode ser percebido como um discurso retórico que se repete nas cúpulas mundiais. Por mera formalidade, assinam-se tratados em *soft law*¹⁷, cuja obrigação no cumprimento restringe-se a uma obrigação moral sem grandes sanções. Ou seja, mantém-se um discurso de pilhagem ambiental com base em uma retórica de “desenvolvimento sustentável” e proteção contra o “risco”.

Essa pilhagem¹⁸, portanto, não se entende aqui como o tradicional conceito trazido pelos dicionários de “devastação” ou de uma mera apropriação de recursos naturais, mediante um bioimperialismo das grandes potências mundiais. Não são somente as extrações de ouro, cana de açúcar, café ou algodão (que durante muitos séculos ocorreram e ainda ocorrem sob forma de outras matérias-primas)¹⁹. O termo compreende a forma como os Estados utilizam-se da geopolítica como instrumento de dominação e acentuação de injustiças na sociedade.

Essa concepção de pilhagem pós-moderna do meio ambiente abandona o enfoque da pilhagem com base na dominação pela força física, passando-se a elaborar a pilhagem por meio do campo simbólico. A pilhagem da qual se fala não se dá apenas no plano material, como em séculos passados, mas pode ser percebida pelo exercício do poder simbólico estatal. Por meio da palavra que é exercida, orientando, comandando e explorando. Os argumentos destes textos utilizam a natureza co-

¹⁷ Para mais informações a respeito do papel da *soft law* em relação à proteção do meio ambiente, vide OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Direito Ambiental Internacional: O Papel da Soft Law em sua Efetivação**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.

¹⁸ Recentemente foi publicada no Brasil obra do professor italiano Ugo Mattei, juntamente com professora Laura Nader, a qual busca evidenciar durante a história e o momento atual as formas de pilhagem pelas quais muitas nações foram e são submetidas. Nesse sentido: MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal**. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013.

¹⁹ Essa pilhagem física e no campo simbólico realizada pelos Estados e corporações vem sendo estudada pela cientista Vandana Shiva, a qual remete à existência de uma “monocultura da mente”. Para maior aprofundamento SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente: Perspectivas da Biodiversidade e da Biotecnologia**. São Paulo: Gaia, 2003, p.11.

mo um objeto de mercância, mediante uma visão antropocêntrica e individualista. Concentram seus esforços na manutenção de mercados mundiais globalizados interconectados por diferentes nós de comunicação²⁰, os quais facilitam a sua abrangência e permitem que esses discursos se pasteurizem ou agilmente se modifiquem. Cabe às populações enfrentarem esse desafio, utilizando-se da nova tecnologia como forma de promoção de uma maior justiça ambiental intra e interestados.

2. Do empoderamento²¹ à diminuição de desigualdades e injustiças ambientais na sociedade em rede

Em meio à atual sociedade pós-moderna, caracterizada por ser informacional, global e em rede²², as novas tecnologias da informação e comunicação trouxeram diversas mudanças ao contexto social atual. As manifestações da sociedade ganharam novos espaços e o ativismo passou a ter na internet mais uma forma de efetivar a participação democrática em rede²³.

As redes servem como forma de interconectar as pessoas no mundo, permitindo-lhes agruparem-se de acordo com seus anseios, ampliando as discussões de um espaço público local

²⁰ Em relação à interconexão por meio de nós em uma sociedade em redes de informação, vide CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: volume I. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p.108.

²¹ Nesse sentido, utiliza-se o conceito de empoderamento trazido pela pesquisadora brasileira Maria da Glória Gohn. GOHN, M.G. **Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais**. Saúde e Sociedade, v. 13, n. 2, p. 20-31, ago. 2004.

²² Para maior aprofundamento dos termos “informacional”, “global” e “rede”, vide CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: volume I. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p.119.

²³ Nesse sentido, vide obra de OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Ativismo digital e novas mídias**: desafios e oportunidades da cidadania em rede. Disponível em: <<http://nudiufsm.files.wordpress.com/2011/07/rafael-conpedi-mg.pdf>>. Acesso em: 7 out 2013.

para um espaço público global. Assim, fatos que antes teriam uma repercussão maior em um determinado âmbito podem ecoar por longas distâncias. Dessa forma, injustiças causadas a etnias, camadas sociais ou localidades distintas, podem obter o apoio de mais pessoas, somando-se as vozes e construindo-se uma verdadeira resistência às violações de determinados direitos.

Por essa razão, entende-se que em meio às injustiças globais causadas pela pilhagem ambiental pós-moderna, a indignação das populações deve ser mais perceptível. Dessa forma, as mobilizações sociais realizadas por meio da *internet* podem servir como instrumentos de empoderamento da população. Um empoderamento capaz de agregar e influenciar econômica, política e ideologicamente. Uma forma de gerar novas formas de reflexão, capazes de criar alternativas que viabilizem o desenvolvimento da solidariedade entre os indivíduos, encurtando distâncias e fortalecendo a justiça nas dimensões social, econômica e ambiental.

A partir das redes de mobilização criadas por meio da *internet*, violências como a praticada com a tribo Guarani-Kaiowá (que se viu obrigada a abandonar suas terras, nas quais possui sua subsistência, em prol de direitos de propriedade de fazendeiros locais, em outubro de 2012) podem ser evitadas. No caso brasileiro, a realização de uma petição online assinada por mais de 350.000 pessoas ao redor do mundo foi suficiente para motivar a alteração de posicionamento jurisdicional. Da mesma forma, outras comunidades injustiçadas podem se utilizar do ativismo digital e da solidariedade de outras sociedades do globo para promover a proteção de culturas e do meio ambiente. É uma adaptação dos cidadãos à estrutura global, deixando de considerar-se como "somente um", para poder integrar um movimento no qual possa se considerar "mais um" a se somar.

A *internet* e os movimentos em rede por ela desenvolvidos podem servir como instrumentos para promoção de uma justiça

ambiental solidária²⁴, mediante o estímulo de participação de pessoas nas regiões próximas aonde ocorrem desastres e injustiças ambientais, bem como permitindo a solidariedade interestatal. Ou seja, mediante os movimentos de indignação gerados em escala macro, poder-se-á fortalecer a participação dos interessados em promover mudanças sociais, por meio de um sentimento de ativismo que poderá emergir junto às populações.

Ao se considerar a possibilidade de desvinculação das pessoas ao individualismo e ao consumo, deve-se cogitar formas de transformação social, servindo as atuais tecnologias da informação como meios para instrumentalizar essas mudanças necessárias. Por meio de um empoderamento individual e ativo, os indivíduos detêm o privilégio de questionar a ordem mundial que se apresenta.

Pensar a atual configuração da sociedade global demanda novas concepções acerca dos relacionamentos entre as pessoas em diversos pontos do planeta. Se antes era difícil imaginar a rápida realização de ações em escala global, atualmente, sabe-se que a informação é um poder que circula rapidamente. A informação se transformou em uma arma tecnológica de longo alcance e com alto poder de destruição/construção de conceitos no plano das ideias. Por essa razão se faz importante questionar a configuração da ordem global e identificar outros interesses por detrás de diversos discursos ideológicos hegemônicos e contra-hegemônicos que se apresentam.

²⁴ Nesse sentido, conforme Habermas apud Neiss (2008, p.71) “este princípio [da solidariedade] tem sua raiz na experiência de que cada um deve fazer-se responsável pelo outro, porque todos devem estar igualmente interessados na integridade do contexto vital de que são membros. A justiça concebida deontologicamente exige, como sua outra face, a solidariedade”. NEISS, Silvestre. Justiça e solidariedade em Habermas. Belo Horizonte: FAJE, 2008, p.89.

CONCLUSÃO

A partir das questões aqui expostas, conclui-se que é necessário mantermos um constante questionamento acerca das atuais formas como a relação entre estados e meio ambiente são apresentadas pela mídia e pelos próprios Estados. Isso significa analisarmos o discurso midiático acerca das relações com a sustentabilidade ambiental por meio de uma lente crítica, entendendo os reais motivos e objetivos que envolvem determinadas decisões jurídicas e políticas que nos afetam.

Buscou-se realizar uma releitura no texto da forma como se desenvolve uma pilhagem ambiental por meio das legislações, desenvolvendo-se um aparato ideológico justificador à construção de um sistema de exploração ambiental. Apresentou-se uma visão crítica acerca da percepção do "risco" em nossa sociedade, identificando-se como esse discurso vem sendo utilizado pelos Estados como forma de reforço da injustiça ambiental.

Por fim, demonstrou-se a importância do papel da sociedade em rede na promoção de uma justiça ambiental solidária, interconectando sujeitos e facilitando a formação de redes de protesto intra e interestatais, em prol de mudanças.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. **O que é justiça ambiental/** Henri Acselrad, Cecília Campello do A. Mello, Gustavo das Neves Bezerra. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ARENDT, Hannah. **A condição humana/** tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BRASIL. **Decreto nº 6.687**, de 11 de dezembro de 2008 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Decreto/D6687.htm> . Acesso em: 10 out 2013.

BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. **Segundo inventário brasileiro de emissões antrópicas de gases de efeito estufa**. Disponível em: <http://www.cetesb.sp.gov.br/userfiles/file/mudancasclimaticas/geesp/file/docs/publicacao/nacional/2_comunicacao_nacional/rr/residuos/brasil_mcti_residuos.pdf>. Acesso em: 10 out 2013.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: volume I. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

GOHN, Maria da Glória. **Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais**. Saúde e Sociedade, v. 13, n. 2, p. 20-31, ago. 2004.

IPCC. WORKING GROUP I. **Contribution to the IPCC Fifth Assessment report**: final draft underlying scientific-technical assessment. Disponível em: <www.ipcc.ch/report/ar5/wg1/>. Acesso em: 7 out 2013.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre uma sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013.

MENESES, Maria Paula. SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução. In: MENESES, Maria Paula. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Epistemologias do sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p.19.

NEISS, Silvestre. **Justiça e solidariedade em Habermas**. Belo Horizonte: FAJE, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Ativismo digital e novas mídias: desafios e oportunidades da cidadania em rede.** Disponível em: <<http://nudiufsm.files.wordpress.com/2011/07/rafael-conpedi-mg.pdf>>. Acesso em: 7 out 2013.

PORTAL BRASIL. **Protocolo de Quioto.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2010/11/protocolo-de-quioto>>. Acesso em: 11 out 2013.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente: Perspectivas da Biodiversidade e da Biotecnologia.** São Paulo: Gaia, 2003.

WARDSAUTO. **World Vehicle Sales Rise, Led By Gains in North and South America.** Disponível em: <<http://wardsauto.com/world/world-vehicle-sales-rise-led-gains-north-and-south-america>>. Acesso em: 10 out 2013.

A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DO DIREITO À SADIA QUALIDADE DE VIDA NOS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E O “SELO RUÍDO”

Jorge Luís Mialhe¹

Adriana Ferreira Serafim de Oliveira²

Introdução

O presente capítulo visa discutir, após vinte e cinco anos da promulgação da Carta Magna Brasileira de 1988, a efetividade do princípio do direito à sadia qualidade de vida, previsto no artigo 225 da Constituição Federal Brasileira, e seu reflexo nas políticas públicas brasileiras, como a adoção do “Selo Ruído”, criado no âmbito do Programa Nacional de Educação e Controle da Poluição Sonora, à luz de um acórdão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

¹ Orientador. Doutor, mestre e bacharel pela USP. Pós-doutorado nas universidades de Paris e Limoges. Professor da Universidade Estadual Paulista – UNESP/Rio Claro-SP e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – PPGD-UNIMEP/Piracicaba-SP (Brasil).

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – PPGD-UNIMEP/Piracicaba-SP (Brasil). Bolsista do Programa PRO-SUD-CAPES. Pós-graduada em Política e Relações Internacionais. Advogada.

Dimensões da qualidade de vida

Como bem destacou Fagot-Largeault (1991), a qualidade de vida, numa perspectiva individual, é aquilo que desejamos na passagem do dia 31 de dezembro para o dia 01 de janeiro: não apenas a simples sobrevivência, mas aquilo que faz a vida boa – saúde, amor, sucesso, conforto, alegrias – em suma, a felicidade. Numa perspectiva coletiva, a qualidade de vida não se reduz à prosperidade econômica (nível de vida e de desenvolvimento), pois comporta “bens políticos” (liberdade, igualdade, segurança), bens culturais (educação, informação, liberdade de criação), recursos demográficos (taxa de natalidade adequada, população com boa saúde, baixas taxas de mortalidade) etc. A noção de qualidade de vida é, seguramente, pluridimensional, mesmo que seja limitada à saúde, definida no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, como sendo “um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença e enfermidade”. (FAGOT-LARGEAULT, 1991, p.138)

Após a Revolução Industrial, a vida humana tornou-se agitada, um vai e vem ao sabor do relógio. As máquinas que facilitariam o desenrolar da vida, acabaram por acelerar a produção em massa e fomentar a busca pelo lucro incessante, resumindo assim a qualidade de vida a algo a se consumir. (HOBSBAWN, 2011, p.69;86).

Desde 1750, nas palavras de Hobsbawn, “a felicidade era o objetivo das políticas de governo, o prazer de cada homem podia ser expresso (pelo menos em teoria) como uma quantidade, da mesma forma que seu sofrimento”. (HOBSBAWN, 2011, p. 69)

A dignidade humana retrata-se, na visão kantiana, na auto-determinação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia.³ Para Kant (2008):

³ Voto do Ministro Luiz Fux no Recurso Especial 2005/0202982-0 da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Fonte: DJ 30/10/2006 p. 253.

“Ser feliz é o desejo de todo ser racional, mas finito; por conseguinte, é um princípio que inevitavelmente determina a sua faculdade de desejar. Com efeito, estar sempre satisfeito com a sua existência e gozar de uma felicidade que suporia a consciência da sua independência completa e perfeita não é o seu estado original, e sim um problema que se lhe impõe em virtude da sua natureza finita, porque ele tem necessidades, as quais concernem à matéria da sua faculdade de desejar, isto é, a alguma coisa referente a seu sentimento de prazer ou de desprazer, que lhe serve de fundamento subjetivo que determina o que precisa para contentar-se com a sua condição.” (KANT, 2008, p.34)

Com as ocupações cotidianas nas sociedades pós-industriais, não analisamos qual é a nossa qualidade de vida frente a tantas facilidades de acesso a alimentos prontos para o consumo, urbanização, modernidades e tecnologias, porque tudo isso nos traz a impressão de normalidade.

É do senso comum que o tempo passou a ser algo precioso. Os seres humanos cronometram suas ações para conseguirem cumprir uma agenda. Esse é o tipo de vida nas metrópoles que gera indivíduos estafados, mal nutridos, doentes físicos e psicológicos, ansiosos e, via de regra, insatisfeitos.

No que pese as pequenas cidades contarem com uma vida onde a rotina pode-se cumprir calmamente, as modernidades e tecnologias também alcançaram a zona rural e vilarejos, o que não é de todo mal, pois isso alavanca o progresso e traz informação, mas pode comprometer a qualidade de vida ainda existente nesses locais se não houver uma inserção planejada, principalmente no que tange à urbanização calcada no lucro de impostos dos grandes empreendimentos imobiliários aos cofres públicos. (HOBSBAWN, 2011, p.85-86)

No século XX, a humanidade formulou o conceito do direito à sadia qualidade de vida e o Brasil o incorporou ao seu ordenamento jurídico. Para o homem, a simples sobrevivência deixou de ser suficiente, passou-se a exigir qualidade de vida, ou seja, o direito de habitar um ambiente saudável, o qual venha ao encontro dos seus anseios particulares. Porém, como ensina

Machado (2012), “a sadia qualidade de vida só pode ser conseguida e mantida se o meio ambiente estiver ecologicamente equilibrado. Ter uma sadia qualidade de vida é ter um meio ambiente não poluído”. (MACHADO, 2012, p.155)

O direito à sadia qualidade de vida na Constituição Federal de 1988

A efetividade do princípio do direito à sadia qualidade de vida guarda a importância de estar estreitamente ligado à dignidade da pessoa humana e ao meio ambiente saudável, podendo ser considerado um direito fundamental em conexão com o direito ambiental. (MIALHE, 2008, p.78)

Nesse sentido, lembra Fux (2006), “consectariamente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.” (FUX, 2006, p.253)

O princípio do direito à sadia qualidade de vida está disposto no *caput* do artigo 225 da Constituição de 1988:

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

Segundo Souza (2011), por esse princípio, o qual podemos também chamar de princípio da solidariedade⁴, torna-se possível recuperar o sentido de equidade que deverá envolver todas as nações, pelo pensar global e atuar local⁵, permitindo o desenvolvimento econômico, contudo compatível com a vida sadia. (SOUZA, 2011, p. 389).

O direito à sadia qualidade de vida toca um conceito mais amplo, a dignidade humana. Podemos estudar a dignidade hu-

⁴ Formulado por Karel Vasak no *Le droit international des droits de l'homme*, R.C.A.D.I., 1974, tome 140, p. 343-346.

⁵ Conforme a formulação de Jacques Ellul

mana segundo o que diz a ética. Nesse sentido, Perelman (2005) afirma que “o respeito pela dignidade humana é considerado hoje um princípio geral de direito comum a todos os povos civilizados”.⁶ (PERELMAN, 2005, p.401)

De acordo com Machado (2012), “as Constituições escritas inseriram o ‘direito à vida’ no cabeçalho dos direitos individuais e no século XX deu-se um passo a mais ao se formular o conceito de ‘direito à qualidade de vida’”. (MACHADO, 2012, p. 69)

Tal princípio, incorporado ao texto constitucional brasileiro em 1988, surgiu inicialmente na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, na Declaração de Estocolmo de 1972, a qual salientou que “o homem tem direito fundamental a adequadas condições de vida, em um meio ambiente de qualidade”. (ONU, 1972)

Esse posicionamento contribuiu para que os constituintes recepcionassem este direito no artigo 225 da Carta Magna vigente, sob a ótica da qualidade de vida, pois, anota Silva (2013), “a qualidade do meio ambiente se transformará num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja preservação, recuperação e revitalização se tornaram num imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento. Em verdade, para assegurar o direito fundamental à vida”. (SILVA, 2013, p.857)

Posteriormente esse mesmo ponto foi enfatizado no Princípio I da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, o qual afirma que os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável, tendo direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza, “já que sem meio

⁶ Entretanto, estamos nos referindo à dignidade da pessoa humana vista por uma ótica Ocidental, que não pode ser considerada igual em todos os países quando observamos a multiculturalidade. Para Herrera Flores (2009), os direitos humanos são produtos culturais e nenhuma norma jurídica é total, porque a totalidade é falsa tendo em vista sempre existir a possibilidade de um limite e mudanças que tornem essa norma ineficaz para uma determinada sociedade dentro de um contexto histórico. Percebe-se que mesmo que mais e mais direitos humanos sejam positivados não se conseguirá alcançar toda a população mundial e seus anseios por longo tempo. Daí a natureza mutável dos direitos. (HERRERA FLORES, 2009, p. 160)

ambiente adequado inviabiliza-se a vida, nossa e dos outros seres” (BENJAMIN, 2005, p.370)

Machado enfatiza que “a saúde dos seres humanos não existe somente a contraposição de não ter doenças diagnosticadas no presente. Leva-se em conta também o estado dos elementos da Natureza – águas, solo, ar, flora, fauna e a paisagem – para se aquilatar se esses elementos estão em estado de sanidade e de seu uso advenham saúde ou doenças e incômodos para os seres humanos.” (MACHADO, 2012, p.70).

Em 1997, o *Institut de Droit International*, na sessão de Estrasburgo, afirmou que “todo ser humano tem o direito de viver em um ambiente sadio”. A tendência preponderante dos membros do Instituto foi a de considerar o direito a um meio ambiente sadio como um direito individual de gestão coletiva. “Não basta viver ou conservar a vida. É justo buscar e conseguir a qualidade de vida”. (MACHADO, 2012, p.69).

Nesse sentido, um dos fatores essenciais para a fruição de uma boa qualidade de vida é o controle da poluição sonora pela direito ambiental.

Poluição sonora e o “Selo Ruído”

Na definição de Oliveira e Arenas (2012), “considera-se poluição sonora a emissão de ruídos indesejáveis de forma continuada e em desrespeito aos níveis legais que, dentro de um determinado período de tempo, ameaçam a saúde humana e o bem estar da coletividade.” (OLIVEIRA & ARENAS, 2012, p.257)

De acordo com os mesmos autores, o interesse dos sons ambientais e os seus efeitos sobre os indivíduos existem desde a Roma Antiga, quando veículos tracionados por animais trafegando pelas primeiras vias pavimentadas incomodavam as pessoas e perturbavam-lhes o sono. Os primeiros relatos com relação à surdez são de moradores que viviam próximo às cataratas do rio Nilo, estabelecendo relação causal entre ruído e a perda auditiva. Um decreto brasileiro de 06 de maio de 1824 já vedava a produção de poluição sonora dentro da cidade, estabelecendo multas de 8 mil réis e penas de dez dias de prisão, ou de cinquenta açoitadas no caso de escravos. (OLIVEIRA & ARENAS, 2012, p.253)

O problema da poluição sonora se agravou com a revolução industrial, tornando-se hoje onipresente e, em várias ocasiões, intolerável. Sobretudo no ambiente urbano, quase não há locais livres de excesso de ruído. Pode-se estar exposto a ele nas vias públicas, no ambiente de trabalho, nos espaços recreativos ou em casa. (OTENIO, 2007, p.245)

É importante esclarecer que “poluição”, nos termos da Lei nº 6.938/81, artigo 3º, é “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetam desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”.

Nesse sentido, “o excesso de ruído é nefasto. As suas conseqüências psíquicas e psicológicas são conhecidas: causa fadiga nervosa e perturbação das reações musculares, pode dar origem a impulsos bruscos de violência e ocasionar problemas de personalidade; pode, ainda, causar efeitos temporários ou a longo prazo na audição, nos aparelhos respiratório, cardiovascular e na fisiologia digestiva (...). A nocividade do ruído está em função da sua duração, da sua repetição e, sobretudo, da sua intensidade aferida em decibéis.” (MARTINS, 1990, p.155)

Em 2003, foi adotada a Diretiva 2003/10/CE do Parlamento Europeu, relativa às prescrições mínimas de segurança e saúde em matéria de exposição dos trabalhadores aos riscos devidos aos agentes físicos (ruído). A Diretiva estatui que, tendo em conta o progresso técnico e a disponibilidade de medidas de controle, os riscos resultantes da exposição aos ruídos devem ser eliminados na origem e reduzidos ao mínimo. A diretiva estabeleceu ainda um limite de exposição de 87 dB(A) em uma jornada diária. O *National Institute for Occupational Safety and Health* (NIOSH) recomenda que a intensidade de ruídos não ultrapasse os 85 dB(A) para um período de trabalho de oito horas. (OLIVEIRA & ARENAS, 2012, p.255)

No âmbito da legislação brasileira, a Resolução nº 1, de 8 de março de 1990, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, publicada no Diário Oficial da União, de 2 de abril de 1990⁷, estabelece que: “I - A emissão de ruídos, em decorrência de qualquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política, obedecerá, no interesse da saúde, do sossego público, aos padrões, critérios e diretrizes estabelecidos nesta Resolução. II - São prejudiciais à saúde e ao sossego público, para os fins do item anterior aos ruídos com níveis superiores aos considerados aceitáveis pela norma NBR 10.152 - Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT”.

Por sua vez, a Resolução nº 2, de 8 de março de 1990, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, publicada no Diário Oficial da União, de 2 de abril de 1990⁸, instituiu “em caráter nacional o programa Nacional Educação e Controle da Poluição Sonora – “SILÊNCIO” com os objetivos de: a) Promover cursos técnicos para capacitar pessoal e controlar os problemas de poluição sonora nos órgãos de meio ambiente estaduais e municipais em todo o país; b) Divulgar junto à população, através dos meios de comunicação disponíveis, matéria educativa e conscientizadora dos efeitos prejudiciais causados pelo excesso de ruído; c) Introduzir o tema “poluição sonora” nos cursos secundários da rede oficial e privada de ensino, através de um Programa de Educação Nacional; d) Incentivar a fabricação e uso de máquinas, motores, equipamentos e dispositivos com menor intensidade de ruído quando de sua utilização na indústria, veículos em geral, construção civil, utilidades domésticas, etc; e) Incentivar a capacitação de recursos humanos e apoio técnico e logístico dentro da política civil e militar para

⁷ Disponível em:< <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res90/res0190.html>>. Acesso em: 11 out. 2013.

⁸ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res90/res0290.html>>. Acesso em: 11 out. 2013.

receber denúncias e tomar providências de combate para receber denúncias e tomar providências de combate a poluição sonora urbana em todo o Território Nacional; f) Estabelecer convênios, contratos e atividades afins com órgãos e entidades que, direta ou indiretamente, possa contribuir para o desenvolvimento do Programa SILÊNCIO.”

Para alcançar tais objetivos, a NBR 10.152, indicada na Resolução nº 01, de 8 de março de 1990 do CONAMA informa os valores máximos aceitáveis em decibéis – dB(A) - admitidos nos vários ambientes, conforme indicado abaixo.

Hospitais:

Apartamentos, enfermarias, berçários, centros cirúrgicos - 45 dB(A)

Laboratórios, áreas para uso do público - 50 dB(A)

Serviços – 55 dB(A)

Escolas:

Bibliotecas, salas de música, salas de desenho - 45 dB(A)

Salas de aula, laboratórios – 50 dB(A)

Circulação – 55 dB(A)

Hotéis:

Apartamentos – 45 dB(A)

Restaurantes, salas de estar – 50 dB(A)

Portaria, recepção, circulação – 55 dB(A)

Residências:

Dormitórios – 45 dB(A)

Salas de estar – 50 dB(A)

Auditórios:

Salas de concertos, teatros – 40 dB(A)

Salas de conferências, cinemas, salas de uso múltiplo – 45 dB(A)

Restaurantes – 50 dB(A)

Escritórios:

Salas de reunião – 40 dB(A)

Salas de gerência, salas de projetos e de administração – 45 dB(A)

Salas de computadores – 65 dB(A)

Salas de mecanografia – 60 dB(A)

Igrejas e Templos (cultos meditativos) – 50 dB(A)

Locais para esporte:

Pavilhões fechados para espetáculos e atividades esportivas – 60 dB(A)

A legislação federal brasileira não permite mais de 85 dB(A) no ambiente de trabalho, em jornada de oito horas. “No entanto, os ruídos podem facilmente ultrapassar esses níveis, atingindo 100 dB ou mais.” (OLIVEIRA & ARENAS, 2012, p.255)

Quanto ao exercício do culto religioso, ensina Machado (2012), “nem dentro dos templos, nem fora dos mesmos, podem os praticantes de um determinado credo prejudicar o direito ao sossego e à saúde dos que forem vizinhos, ou estiverem nas proximidades, das práticas religiosas”. Esse foi o entendimento da 4a. Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento de Ação Civil Pública em 1992. (MACHADO, 2012, p.783)

O mesmo autor assevera que “o produtor fere o direito de cada um e da coletividade a meio ambiente ecologicamente equilibrado quando fabrica e coloca à venda um produto que emite sons acima do máximo permitido em decibéis.” (MACHADO, 2012, p.790)

Dessa forma, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA aprovou a Resolução nº 02, de 07 de dezembro de 1994, para “instituir o Selo Ruído, como forma de indicação do nível de potência sonora, medido em decibel - dB(A), de uso obrigatório a partir desta Resolução para aparelhos eletrodomésticos, que venham a ser produzidos, importados e que gerem ruído no seu funcionamento.”

No mesmo sentido, a Lei nº 11.291, de 26 de abril de 2006, dispõe no seu artigo 1º. que “o fabricante ou o importador de equipamento eletroeletrônico de geração e propagação de ondas sonoras fará inserir texto de advertência, ostensivo e de fácil compreensão, de que constem informações referentes à eventualidade de ocorrerem danos no sistema auditivo exposto a potência superior a 85 (oitenta e cinco) decibéis. Parágrafo único. A referida advertência deverá constar nas peças publicitárias,

no invólucro do produto, no manual do usuário e, quando as dimensões o permitirem, no equipamento”.

No agravo de instrumento 781.547 RS, sobre poluição sonora causada por ar-condicionado, o relator, Ministro Luiz Fux constatou que “a perícia judicial comprovou que, no período da noite, a emissão de ruído decorrente do acionamento do aparelho de ar-condicionado do réu, ultrapassa o nível permitido para o período noturno. Assim, devem ser tomadas medidas para evitar tal efeito, por dizer respeito ao princípio da precaução, vigente no direito ambiental.” (FUX, 2012, p.2)

Com o “Selo Ruído”, a partir de 2014, os fabricantes de liquidificadores, aspiradores de pó e secadores de cabelo terão que se adequar a nova regra do Programa Nacional de Educação e Controle de Poluição Sonora – SILÊNCIO. A iniciativa é uma parceria do Programa Brasileiro de Etiquetagem do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). O objetivo do projeto é diminuir o ruído emitido pelos eletrodomésticos do país. (PORTAL EBC, 2013)

Os eletrodomésticos, nacionais ou importados, terão o “Selo Ruído” que deve estar visível ao consumidor. O selo terá a marca do Inmetro e do Ibama e deve ser colado no produto ou em sua embalagem para informar ao consumidor a potência sonora dos aparelhos, para que o consumidor possa escolher no momento da compra o produto que possua o menor nível de potência sonora. (PORTAL EBC, 2013)

De acordo com o Inmetro, o programa irá orientar o consumidor no momento de escolher eletrodomésticos mais silenciosos, estimular os fabricantes a produzir produtos com níveis de ruídos cada vez menores e proporcionar mais conforto ao cidadão.⁹ O Inmetro começará a fiscalizar os fabricantes e a

⁹ De acordo com Marcos Borges, responsável pelo Programa Brasileiro de Etiquetagem do Inmetro (PBE), “o Inmetro recebeu reclamações, por exemplo, de consumidores que hoje precisam fechar todas as portas e janelas na hora de usar um liquidificador ou aspirador de pó por causa do barulho. O consumidor precisa de uma relação de conforto acústico em sua residência, além de obter as informações sobre o

entrada dos produtos no país e quem não se adequar à nova regra terá o prazo de seis meses para retirar as mercadorias de todo o comércio. Em 2016, a fiscalização, vai penalizar a empresa que descumprir a regra por meio de uma multa. (PORTAL EBC, 2013)

Assim, ao menos no que diz respeito à diminuição dos índices de ruído, espera-se que haja uma sensível melhora na qualidade de vida dos consumidores e usuários de eletrodomésticos.

Considerações finais

A importância em preservar e cuidar do meio ambiente urge a todos os cidadãos, sem distinção. Aqui, estamos diante de um direito de solidariedade. A titularidade dos direitos de solidariedade é coletiva, pois se tratam de direitos difusos, dentre os quais, o direito à sadia qualidade de vida.

Nesse sentido, espera-se que essa reflexão possa ajudar a romper paradigmas como o não reconhecimento do capital como um valor absoluto e essencial, pois como visto na definição de qualidade de vida coletiva proposta por Fagot-Largeault, a prosperidade econômica não é indicativo de que se atingiu a felicidade.

Iniciativas como a criação do “Selo Ruído” são válidas para informar o consumidor sobre as características técnicas e os níveis sonoros alcançados pelos equipamentos e, ao mesmo tempo, tentar amenizar o desconforto da população que é sub-

ruído produzido pelos eletrodomésticos de forma mais transparente”. Nos próximos dois anos, o Inmetro vai estudar a implementação da classificação sonora para máquinas de lavar e dos aparelhos de ar condicionado. “O processo dura dois anos, pois temos que estabelecer a regulamentação por meio de debates com associações, entidades de defesa do consumidor, entre outras, para estabelecer os critérios corretos. Depois tem o prazo de adequação para a indústria certificar os produtos e se adequar à nova regra e depois nós vamos fiscalizar”, explicou Borges. (PORTAL EBC, 2013)

metida a altos índices de poluição sonora doméstica causadora de malefícios e distúrbios à saúde. É reconhecido juridicamente, tanto nas normas nacionais como nas internacionais, que devemos buscar a qualidade de vida para uma vivência satisfatória. Contudo, apenas positivar normas para preservar o meio ambiente e garantir, por força de decisões judiciais, a qualidade de vida não basta.

Em 25 anos de Constituição cidadã, o Brasil não tem efetivado integralmente o princípio do direito à sadia qualidade de vida pela não conscientização da própria população da necessidade da preservação ambiental como também pela falta de ênfase na educação ambiental, desde a tenra idade. A educação ambiental, como visto na própria Resolução nº 02 do CONAMA de 1990, é o caminho viável para despertar a consciência dos cidadãos comprometidos com a melhoria da qualidade de vida para todos os seres que habitam este planeta.

Referências bibliográficas

BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In: KISHI, S. A.S. et al. (orgs.) **Desafios do Direito Ambiental no século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros/IEDC, 2005. P.363-398.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 48ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Empresa Brasil de Comunicação - EBC. Fabricantes terão que diminuir ruídos de liquidificadores, aspiradores e secadores. **Portal EBC**. Brasília, 06 out. 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tags/selo-ruído>>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. Ministério do Meio Ambiente. CONAMA. **RESOLUÇÃO/CONAMA/N.º 001 de 08 de março de 1990**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res90/res0190.html>>. Acesso em: 14 out. 2013.

_____. Ministério do Meio Ambiente. CONAMA. **RESOLUÇÃO/CONAMA/N.º 002 de 08 de março de 1990**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res90/res0290.html>>. Acesso em: 14 out. 2013.

ELLUL, Jacques. **Penser globalement, agir localement**. Paris: Pyr eMonde, 2007.

FAGOT-LARGEAULT, Anne. Réflexions sur la notion de qualit  de la vie. **Archives de Philosophie du Droit**. tome 36 (Droit et science). Paris: Sirey, 1991.p. 135-153.

FUX, Luiz. Relator. Acórdão Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 781.547 Rio Grande do Sul. **Diário da Justiça Eletr nico**. 29 mar. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1863498>> Acesso em: 14 out. 2013.

_____. Voto no Recurso Especial 2005/0202982-0 do Superior Tribunal de Justiça. **Diário da Justiça**. Brasília 30 out. 2006 p. 253.

HERRERA FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HOBSBAWN, Eric J. **Da Revolu o Industrial Inglesa ao Imperialismo**. 6  ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. (tradu o de Rodolfo Shaefer). São Paulo: Martin Claret, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 20 . Edi o, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARTINS, Ant nio Carvalho. **A política do ambiente da Comunidade Econ mica Européia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MIALHE, Jorge Luís. Direito ambiental e direitos humanos: considera es sobre a dimensão ambiental dos direitos humanos e o direito   informa o no Mercosul. **Revista Internacional de Direito e Cidadania** n.2, p.77-86, 2008.

ONU. **Declara o de Estocolmo de 1972**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>> Acesso em: 10.03.2013.

OLIVEIRA, Carlos Rogério Degrandi; ARENAS, Gilberto Walter Nogueira. Exposição ocupacional a poluição sonora em anesthesiologia. **Revista Brasileira Anesthesiologia**. vol.62, n.2, 2012. p. 257-261.

OTENIO, Marcelo Henrique et al. Intensidade de ruído em hospital de 222 leitos na 18ª Regional de Saúde – PR. **Revista Brasileira de Otorrinolaringologia**. vol.73 no.2 São Paulo Mar./Apr. 2007. p.245-250.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Montes, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA, José Fernando Vidal de. **Água**: fator de desenvolvimento e limitador de empreendimento. São Paulo: Editora Modelo, 2011.

VASAK, Karel. Le droit international des droits de l'homme. **Recueil des Cours de la Académie de Droit International**. R.C.A.D.I., tome 140, Leiden: Martinus Nijhoff, 1974. p. 343-346

INJUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHO HUMANO AL AGUA

Álvaro A. Sánchez Bravo*

INJUSTICIA AMBIENTAL Y AGUA

La conservación y preservación de los bienes naturales es un elemento imprescindible para el mantenimiento de la vida humana y el bienestar general. Si no conseguimos superar los obstáculos medioambientales que apremian al planeta difícilmente podremos erradicar la pobreza.

Pero la superación de esos obstáculos requiere ser conscientes de la realidad de un mundo injusto, y mal repartido, donde un 20% de la población hace uso del 80% de los recursos naturales, mientras el resto se encuentra en grave riesgo de no poder garantizar sus mínimas necesidades básicas.

Es evidente que, los bienes y servicios naturales son escasos, pero además están desigualmente repartidos¹ debido a cuatro grandes vectores:

a) Injusticia social, relacionada con el acceso, la gestión y capacidad de decisión sobre los ecosistemas y los recursos fi-

* Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Profesor V. Pós-Graduação em Ciencia Jurídica. Mestrado e Doutorado. UNIVALI. Presidente de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Miembro Fundador de la Asociación Española de Operadores Públicos de Abastecimiento y Saneamiento (AEOPAS). Coordinador de Relaciones Internacionales del Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU). Coeditor Revista Internacional de Direito Ambiental (RIDA).

¹ <http://www.fundacion-ipade.org/>

nancieros, por los diferentes grupos o actores a nivel local regional e internacional: las injusticias sociales se ven ampliadas por las asimétricas relaciones de poder y los abusos de los países económicamente desarrollados sobre los países en vía de desarrollo, así como por la actividad globalizada de grandes consorcios multinacionales que operan por meros intereses económicos, al margen de representatividades democráticas o dación de cuentas por sus actividades.

b) Desigualdad de género en el acceso y disfrute de bienes, servicios y oportunidades de desarrollo personal, por el sistema patriarcal imperante que, en muchas partes del planeta, considera a la mujeres como meros elementos reproductores, que carecen del derecho a la participación democrática en la toma de decisiones, del acceso a un trabajo remunerado y de su propia dignidad como seres humanos.

c) Sostenibilidad insostenible. Es evidente la conexión entre desarrollo y derechos humanos. Como señala el art. 1 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986)²: “1. *El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.*”

Esto nos lleva a una nueva conexión: desarrollo y medio ambiente. Los criterios de desarrollo basados en indicadores de maximización económica y del beneficio no son hoy asumibles. La idea estática, mecánica, del sistema económico, que tiende a hacer de la economía un sistema infalible, es inasumible, pues vincula la política económica al aumento de la utilización de los recursos productivos y al crecimiento general continuo e ilimitado. Infelizmente numerosas instituciones públicas y privadas asumen el concepto de desarrollo sostenible en su versión más

² Declaración sobre el Desarrollo. Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.
<http://www2.ohchr.org/spanish/law/desarrollo.htm>

próxima al mercado. El reto no está en redefinir el concepto de desarrollo (vinculado sólo al crecimiento del PIB), sino en hacerlo más respetuoso con el medio ambiente.

4. Cuestionamiento de la solidaridad generacional. La eficiencia ambiental y económica no garantizan la sostenibilidad, sino se añade el criterio de equidad: sostenimiento (o aumento) del nivel de bienestar social actual, manteniendo (o aumentando) el stock de capital (natural y artificial) para el futuro. Y ello con la doble perspectiva, inter e intrageneracional, adquiriendo ésta última un papel muy relevante, pues se centra en el análisis de las condiciones de la distribución actual de los niveles de desarrollo y calidad de vida, que no puede avalarse si únicamente va suponer el bienestar de las generaciones futuras de los países desarrollados, aumentando la miseria de los pobres.

Dos falacias amenazan esta necesaria solidaridad. Por un lado, el *“mito de la tecnología ambiental”*, que sostiene que en algún momento de nuestra evolución tecnológica, la ciencia vendrá a salvarnos de problemas irresolubles e irreversibles. Por el otro lado, la ausencia de una verdadera conciencia ambiental, pública y privada, más allá de lo políticamente correcto, que se manifiesta en el ignorante manifiesto de *“cuando llegue la catástrofe ambiental, dentro de 40 o 50 o 100 años, yo ya no viviré. Nada me preocupará”*.

Las prevenciones apuntadas anteriormente se evidencian cuando nos referimos a unos de los bienes ambientales, sino el que más, imprescindible y básico para la vida y existencia humana y de los ecosistemas naturales: el Agua.

El Consejo de la Unión Europea señaló allá por 2002 que *“el agua es una necesidad primaria para el ser humano, y su suministro y saneamiento son servicios sociales básicos. Se trata de un recurso económico y medioambiental fundamental y constituye, por tanto, uno de los temas claves para la reducción de la pobreza y el desarrollo sostenible”*

La consideración del agua presenta unas peculiaridades que es necesario considerar. Siguiendo lo establecido por la Comi-

sión Europea³, podemos indicar las siguientes peculiaridades de un sector complejo.

a) El agua, que es un recurso natural compartido, tiene diversos usos, que a veces compiten entre sí.

b) El agua es un derecho humano, un bien público, un bien económico y también un bien vulnerable.

c) El interés por el agua, que es un sector transversal que reúne a numerosos agentes, es variable.

Pero no debemos olvidar el supuesto fáctico de partida: necesitamos el agua, tanto como el oxígeno. Sin ella no podrá existir la vida. Además el agua es el origen de la vida. Necesitamos agua limpia y saneamiento para preservar la salud y mantener nuestra dignidad. El agua condiciona todos los aspectos del desarrollo humano, pues cuando a alguien se le niega el acceso a agua limpia en su casa o cuando carece de acceso al agua como recurso productivo, sus opciones y su libertad quedan limitadas por la pobreza, las enfermedades y la vulnerabilidad.

Los problemas del agua no son, como algunos sostienen, sólo un problema de escasez, sino que aquéllos nacen de la desigualdad, la pobreza y el no poder, y no exclusivamente de su disponibilidad física.

2. AGUA: ¿DERECHO O MERCANCÍA?

Como venimos señalando, el acceso a agua limpia y saneamiento puede promover o retrasar el desarrollo humano, determinando lo que las personas pueden o no hacer; es decir, sus capacidades.

Cada día más niños mueren por falta de agua limpia, y la ausencia de agua y saneamiento básico causa más muertes que cualquier guerra.

³ Documento de Referencia n° 7. *Desarrollo y gobernanza del sector del Agua*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2010, pp. 6-8.

Los debates en torno de la globalización se centran en las grandes brechas de riqueza que separan a unos u otros países, sin prestar excesiva atención a otros elementos que determinan la prosperidad de los países y el bienestar de sus ciudadanos. La enorme fractura existente entre quienes tienen acceso al agua y al saneamiento de los que no lo tienen es un buen ejemplo.

En el marco del objetivo 7 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, la meta 10 tiene como finalidad reducir a la mitad para 2015 el porcentaje de personas que carecen de acceso sostenible al agua potable y al saneamiento básico.

Como señala la Organización Mundial de la Salud⁴, el agua potable y el saneamiento puede definirse de la siguiente manera:

Agua potable es el agua utilizada para los fines domésticos y la higiene personal, así como para beber y cocinar;

Uno tiene acceso al agua potable si la fuente de la misma se encuentra a menos de 1 kilómetro de distancia del lugar de utilización y si uno puede obtener de manera fiable al menos 20 litros diarios para cada miembro de la familia;

Agua potable salubre es el agua cuyas características microbianas, químicas y físicas cumplen con las pautas de la OMS o los patrones nacionales sobre la calidad del agua potable;

Por acceso de la población al agua potable salubre se entiende el porcentaje de personas que utilizan las mejores fuentes de agua potable, a saber: conexión domiciliaria; fuente pública; pozo de sondeo; pozo excavado protegido; surgente protegida; aguas pluviales. .

Saneamiento básico es la tecnología de más bajo costo que permite eliminar higiénicamente las excretas y aguas residuales y tener un medio ambiente limpio y sano tanto en la vivienda como en las proximidades de los usuarios. El acceso al saneamiento básico comprende seguridad y privacidad en el uso de estos servicios. La cobertura se refiere al porcentaje de personas que utilizan mejores servicios de saneamiento, a saber: conexión a

⁴ http://www.who.int/water_sanitation_health/mdg1/es/

alcantarillas públicas; conexión a sistemas sépticos; letrina de sifón; letrina de pozo sencilla; letrina de pozo con ventilación mejorada.

1.100 millones de personas no tienen acceso a agua limpia y alrededor de 2.600 millones no dispone de un saneamiento adecuado. Pero además del drama humano, produce unos costos vinculados a la ausencia de desarrollo humano, entre los que podemos destacar:

1,6 millones de personas mueren cada año de enfermedades diarreicas (incluido el cólera) atribuibles a la falta de acceso a un agua potable salubre y al saneamiento básico, y un 90% de esas personas son menores de 5 años, principalmente de países en desarrollo.⁵

443 millones de días escolares se pierden anualmente por enfermedades vinculadas al agua.

Además, se produce un gran costo económico asociado a los gastos en salud, pérdida de productividad y bajas laborales (se estima que África pierde alrededor del 5% de su PIB por estos conceptos)

Por tanto, para las personas y las sociedades, el acceso al agua limpia y saneamiento constituye un fundamento del progreso individual y lectivo que se manifiesta en:

- Reducir la pobreza de ingresos. Es más costoso no afrontar el acceso al agua y saneamiento que optar por un acceso universal. Los costes generales se estiman alrededor de 170.000 millones de dólares anuales, como déficit del acceso al agua.

- Reducir la mortalidad infantil y los costes en salud. Como señalamos anteriormente, alrededor de 1.6 millones de niños menores de 5 años mueren al año por causas directas vinculadas a la ausencia de agua y saneamiento, de las cuales más de 1 millón causadas por la disentería bacilar o la diarrea hemorrágica. Pero además de las muertes, se producen enfermedades, que acompañan a millones de personas, con el correspondiente su-

⁵ Ídem.

frimiento y desventajas a lo largo de su existencia. Así, 160 millones de personas están infectadas por la esquistosomiasis, que causa decenas de miles de defunciones anuales; 500 millones de personas corren riesgo de contraer tracoma, por cuya causa 146 millones están amenazadas de ceguera y 6 millones padecen deterioro visual. las helmintiasis intestinales (ascariasis, tricuriasis y anquilostomiasis) están azotando al mundo en desarrollo por falta de agua, saneamiento e higiene adecuados, y 133 millones de personas sufren de fuertes parasitosis intestinales causadas por helmintos; cada año hay aproximadamente 1,5 millones de casos de hepatitis A clínica.⁶

Acabar con las desigualdades de género. La división de género en el hogar asigna responsabilidades a las mujeres, que no comparten con los hombres. Las mujeres tienen que dedicar su tiempo en la recolección del agua, reduciendo el tiempo disponible para otras actividades, el descanso o el trabajo productivo, lo que influye en su independencia.

No obstante todos estos contundentes y apavorantes datos, hoy asistimos a la diatriba de considerarlo como una mera mercancía y, por lo tanto, sometida a las leyes económicas del mercado, o como una necesidad tan relevante que determine su consideración como derecho humano y su posterior incorporación a los textos normativos; especialmente, a los textos constitucionales.

Lo cierto es que la asunción de una u otra postura viene condicionada por factores culturales, sociales e ideológicos. Incluso la propia consideración jurídica del agua oscila entre la de bien de la humanidad, bien de dominio público o simple mercancía. La pura eficiencia económica en la consideración del agua no resuelve el problema de su gestión, si no va acompañada de criterios éticos que arrancando de la dignidad, entronquen con la defensa de los valores de los valores fundamentales para la vida de los ciudadanos.

⁶ http://www.who.int/water_sanitation_health/mdg1/es/

Como señalamos anteriormente, se han vinculado los problemas del agua con un problema de escasez, cuando generalmente nacerá de la desigualdad, de la pobreza, del mal uso del poder, más allá de la disponibilidad física. Cabe hablar, pues, de una escasez no material, sino de una “escasez de acceso” que cuestiona el valor de la dignidad humana. Es necesario, por tanto, considerar las vinculaciones del agua con la pobreza, y el desarrollo global del planeta, así como con la garantía de una “vida en calidad”. Como ha señalado Pérez Luño, “*la dignidad humana supone el valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tiende a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. Entraña no solo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo*”⁷.

En materia de agua, estas sabias reflexiones con muy relevantes, pues no se trata sólo de “dar” agua para tapar bocas o calmar conciencias, sino que debe reflejar esa preocupación por la dignidad individual y la justicia social.

El reconocimiento, como veremos a continuación, y sobre todo el cumplimiento del contenido esencial, que también abordaremos posteriormente, del derecho humano al agua es un fin en sí mismo y un fundamento para el cumplimiento de otros derechos esenciales. No olvidemos, que los derechos humanos no son optativos, ni exclusivamente una disposición legal, que pueden cambiarse al albur de los caprichos políticos. Son obligaciones exigibles que reflejan valores fundamentales universales⁸ y que conllevan responsabilidades por parte de los gobiernos y los ciudadanos, sobre todo para la ciudadanía más pobre, que sufre los abusos más graves.

Es evidente que sin acceso al agua y saneamiento serán inalcanzables otros derechos.

⁷ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª edic., Tecnos, Madrid, 2002, p. 318.

⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004.

3. DERECHO HUMANO AL AGUA EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

Más allá de cubrir las necesidades básicas del ser humano, el abastecimiento de agua y los servicios de saneamiento, así como el uso que hacemos de los recursos hídricos, son factores determinantes para un desarrollo sostenible. En algunas partes del mundo, el agua constituye la principal fuente de energía, mientras que en otras se desaprovecha casi totalmente su potencial energético.

También resulta indispensable para la agricultura⁹ y forma parte de numerosos procesos industriales y, en muchos países, supone el principal medio de transporte. Gracias a un mejor entendimiento del conocimiento científico, la comunidad internacional ha empezado a apreciar en mayor medida los beneficios derivados de los ecosistemas acuáticos, por ejemplo, en el control de las inundaciones, la protección contra las tormentas o la purificación del agua.

El mundo se está haciendo eco de la actual crisis de agua y saneamiento. En la Cumbre del Milenio de Naciones Unidas de septiembre de 2000 se congregó el mayor número de líderes mundiales jamás reunido para aprobar la Declaración del Milenio. De aquella Declaración surgieron los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)¹⁰, un compendio de objetivos alcanzables y sujetos a plazo orientados a extender los beneficios de la glo-

⁹ Vid. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, EL ESTADO DE LOS RECURSOS DE TIERRAS Y AGUAS DEL MUNDO PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA. Como gestionar los sistemas en peligro. RESUMEN, Roma, 2011, <http://www.fao.org/docrep/015/i1688s/i1688s00.pdf>, donde se indica como "La producción de alimentos aumentará de aquí a 2050, según las previsiones, un 70% a nivel mundial y casi un 100% en los países en desarrollo. Esta demanda adicional de alimentos, junto con la demanda de otros usos, ejercerá una presión sin precedentes en muchos sistemas de producción agrícola en todo el mundo. Estos "sistemas en peligro" se enfrentan a una creciente competencia por los recursos hídricos y la tierra, que con frecuencia se ven limitados por prácticas agrícolas insostenibles".

¹⁰ <http://www.un.org/es/millenniumgoals/bkgd.shtml>

balización a los ciudadanos más pobres del mundo. La meta 10 del Objetivo 7 persigue reducir a la mitad el porcentaje de la población mundial sin acceso seguro al agua potable. Más tarde, durante la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, en 2002, se ampliaría el alcance de esta meta incluyendo también el acceso a un saneamiento básico y reconociendo que los recursos hídricos son un factor fundamental para la consecución del resto de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Esta referencia al saneamiento está actualmente integrada en la meta 10.

Desde Johannesburgo, otras deliberaciones internacionales sobre agua y saneamiento han contribuido a impulsar la cooperación y la acción en este campo. En particular se han logrado progresos significativos en el abastecimiento a la población de agua potable y saneamiento básico. A pesar de ello, resulta necesario un mayor esfuerzo para ampliar estos servicios a la población todavía excluida, en su mayor parte, la población pobre.

Para afrontar la crisis, la comunidad internacional ha tenido que cobrar conciencia de que el acceso al agua potable y al saneamiento debe encuadrarse en el marco de los derechos humanos.

Aunque el derecho al agua no está reconocido expresamente como un derecho humano independiente en los tratados internacionales, las normas internacionales de derechos humanos comprenden obligaciones específicas en relación con el acceso a agua potable. Esas obligaciones exigen a los Estados que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, que comprende el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. También les exigen que aseguren progresivamente el acceso a servicios de saneamiento adecuados, como elemento fundamental de la dignidad humana y la vida privada, pero también que protejan la calidad de los suministros y los recursos de agua potable.

El concepto de la cantidad básica de agua requerida para satisfacer las necesidades humanas fundamentales se enunció por primera vez en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el

Agua, celebrada en Mar del Plata (Argentina) en 1977. En su Plan de Acción se afirmó que todos los pueblos, cualesquiera que sean su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas. En el Programa 21, aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, se confirmó este concepto.

Posteriormente, varios otros planes de acción han mencionado el agua potable y el saneamiento como un derecho humano. En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994, los Estados afirmaron que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, lo que incluye alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuados. En el Programa de Hábitat, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) en 1996, el agua y el saneamiento también se consideraron parte del derecho a un nivel de vida adecuado.

El derecho al agua se ha reconocido también en declaraciones regionales. El Consejo de Europa ha afirmado que toda persona tiene derecho a una cantidad suficiente de agua para satisfacer sus necesidades básicas. En 2007, los dirigentes de Asia y el Pacífico convinieron en reconocer que el derecho de las personas a disponer de agua potable y de servicios básicos de saneamiento es un derecho humano básico y un aspecto fundamental de la seguridad humana⁴. En la Declaración de Abuja, aprobada en la Primera Cumbre América del Sur-África, en 2006, los Jefes de Estado y de Gobierno declararon que promoverían el derecho de sus ciudadanos al acceso al agua potable y a la sanidad dentro de sus respectivas jurisdicciones. Aunque esas declaraciones no son jurídicamente vinculantes, reflejan un consenso y una declaración política de intenciones sobre la importancia de reconocer y hacer realidad el derecho al agua.

En noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó su Observación general N° 15 sobre el derecho al agua, definido como el derecho de todos a

disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Aunque en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se menciona expresamente el derecho al agua, el Comité subrayó que este derecho forma parte del derecho a un nivel de vida adecuado, al igual que los derechos a disponer de alimentación, de una vivienda y de vestido adecuados. El Comité también subrayó que el derecho al agua está indisolublemente asociado al derecho a la salud y a una vivienda y una alimentación adecuadas.

Dada la magnitud de la tarea, en diciembre de 2003, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó, a través de su resolución A/RES/58/217, el período 2005-2015 Decenio Internacional para la Acción «El agua, fuente de vida».¹¹

El objetivo fundamental del Decenio es promover los esfuerzos para cumplir con los compromisos internacionales adquiridos en materia de agua y saneamiento para 2015. Se trata de reforzar la cooperación a todos los niveles, de manera que se alcancen los objetivos relacionados con el agua, acordados en la Declaración del Milenio, el Plan de Ejecución de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo y la Agenda 21.

El gran desafío del Decenio consiste en dirigir la atención hacia políticas y actividades proactivas que garanticen a largo plazo una gestión sostenible de los recursos hídricos, en términos tanto de calidad como de cantidad, y que incluyan medidas de mejora del saneamiento. Lograr los objetivos del Decenio requiere de continuo compromiso, cooperación e inversión por parte de todos los agentes involucrados durante, no solo el decenio 2005-2015, sino más allá.

En 2006, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobó las directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento. En ellas se utiliza la

11

https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/water_and_energy_2014/index.shtml

definición del derecho al agua elaborada por el Comité, y el derecho al saneamiento se define como el derecho de toda persona a acceder a un servicio de saneamiento adecuado y seguro que proteja la salud pública y el medio ambiente.

En marzo de 2008, mediante la Resolución 7/22, el Consejo de Derechos Humanos decidió "nombrar, por un período de tres años, a un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento". En abril de 2011, mediante la Resolución 16/2, el Consejo de Derechos Humanos decidió extender el mandato por un periodo de tres años. El Experto Independiente supervisa e informa sobre la implementación por parte de los Estados del derecho humano al agua así como sobre las violaciones relacionadas.

El 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292¹², la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La Resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos. Así se manifiesta en su art. 1 cuando señala que *“Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;”*.

En mayo de 2011, la Organización Mundial de la Salud (OMS), mediante su Resolución 64/24, hacía un llamamiento a los Estados Miembros "para garantizar que las estrategias de salud nacionales contribuyen al logro de los Objetivos de Desa-

¹² Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010. 64/292.El derecho al agua y el saneamiento. http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S

rollo del Milenio en materia de agua y saneamiento al tiempo que apoyan la progresiva realización del derecho humano al agua y al saneamiento" y un llamamiento al Director General de la OMS "a reforzar la colaboración de la OMS con los correspondientes socios y miembros de ONU-Agua y con otras organizaciones relevantes para promover el acceso a unos servicios de agua, saneamiento e higiene saludables, así como a servir de modelo de una acción efectiva intersectorial en el contexto de la iniciativa de Naciones Unidas Unidos en la Acción a la que pertenece OMS, y de cooperación de la Organización con la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento orientada a mejorar la implantación del mismo".

Las obligaciones específicas relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento se han venido reconociendo también, en medida creciente, en los principales tratados de derechos humanos, fundamentalmente como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y del derecho a la salud.

A nivel regional, y entre otras, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988) se subraya que todos tienen derecho a vivir en un entorno sano y a tener acceso a los servicios públicos básicos (art. 11.1).

A nivel interno, numerosas constituciones contienen referencias explícitas al derecho al agua, entre ellas las del Ecuador, el Estado Plurinacional de Bolivia, la República Democrática del Congo, Sudáfrica, Uganda y el Uruguay. El derecho a servicios de saneamiento también se consagra en algunas constituciones y legislaciones nacionales, como las de Argelia, el Estado Plurinacional de Bolivia, las Maldivas, Sri Lanka, Sudáfrica y el Uruguay. Otras constituciones aluden a la responsabilidad general del Estado de asegurar el acceso al agua potable y el saneamiento (las constituciones de Camboya, Colombia, Eritrea, Etiopía, Filipinas, Gambia, el Irán (República Islámica del), México, Nigeria, Panamá, Portugal y Zambia).

No obstante, el último Informe de Naciones Unidas sobre el cumplimiento de los Objetivos del Milenio (2012), señala que “Mientras que en 2010 el 19% de la población rural usaba fuentes de agua no mejoradas, en las áreas urbanas ese porcentaje era de solo un 4%. Como los aspectos relacionados con la seguridad, la confiabilidad y la sostenibilidad no se reflejan en los indicadores que se utilizan para seguir los avances de los ODM, es probable que ese porcentaje sobrestime la cantidad real de personas que usan fuentes de agua seguras. Y lo que es peor, casi la mitad de la población de las regiones en desarrollo (2.500 millones de personas) todavía no cuenta con instalaciones de saneamiento mejoradas. Para 2015 el mundo habrá logrado solamente un 67% de cobertura, muy por debajo del 75% necesario para alcanzar el ODM”¹³.

4. CONTENIDO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA

Las consideraciones biológicas sobre el agua son diferentes de su cualificación jurídica. No puede hablarse de un derecho humano al agua, sin determinar el contenido del mismo; sin delimitar sus elementos imprescindibles. Siguiendo lo señalado por las Naciones Unidas¹⁴, podemos determinar:

- **El derecho al agua entraña libertades.** Estas *libertades* están dadas por la protección contra cortes arbitrarios e ilegales; la prohibición de la contaminación ilegal de los recursos hídricos; la no discriminación en el acceso al agua potable y el saneamiento, en particular por razón de la clasificación de la vivienda o de la tierra; la no injerencia en el acceso a los suminis-

¹³NACIONES UNIDAS, "Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2012.", Nueva York, 2012.

¹⁴NACIONES UNIDAS, "El Derecho al Agua. Folleto Informativo n° 35", Ginebra, 2011.

tros de agua existentes, especialmente las fuentes de agua tradicionales; y la protección contra las amenazas a la seguridad personal al acceder a agua o servicios de saneamiento fuera del hogar.

- **El derecho al agua entraña prestaciones.** Estas *prestaciones* comprenden el acceso a una cantidad mínima de agua potable para mantener la vida y la salud; el acceso a agua potable y servicios de saneamiento durante la detención; y la participación en la adopción de decisiones relacionadas con el agua y el saneamiento a nivel nacional y comunitario.

- **El suministro de agua para cada persona debe ser continuado y suficiente para cubrir los usos personales y domésticos,** que comprenden el consumo, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. Otros usos domésticos del agua, como el agua para las piscinas o la jardinería, no están incluidos en el derecho al agua.

El derecho al agua abarca, por lo tanto, el acceso al agua necesaria para mantener la vida y la salud y para satisfacer las necesidades básicas, y no confiere a las personas el derecho a una cantidad ilimitada de agua.

Según la OMS, se requieren entre 50 y 100 litros de agua por persona al día para cubrir la mayoría de las necesidades básicas y evitar la mayor parte de los problemas de salud.

El acceso a 20-25 litros por persona al día representa el mínimo, pero esta cantidad suscita preocupaciones sanitarias, porque no basta para cubrir las necesidades básicas de higiene y consumo.

Estas cantidades son indicativas, ya que dependen del contexto particular y pueden diferir de un grupo a otro en función del estado de salud, el trabajo, las condiciones climáticas y otros factores. Las madres lactantes, las mujeres embarazadas y las personas que viven con el VIH/SIDA necesitarán más de 50-100 litros de agua al día.

- **El agua para el uso personal y doméstico debe ser salubre y aceptable.** De conformidad con la Observación general

Nº 15¹⁵, el agua debe estar exenta de microbios y parásitos, así como de sustancias químicas y radiológicas, que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. El agua debe tener también un color, un olor y un sabor aceptables, a fin de que las personas no recurran a otras fuentes que puedan parecer más atractivas pero que estén contaminadas. Estos requisitos se aplican a todas las fuentes de abastecimiento, como el agua corriente, el agua de cisternas, el agua comprada a un proveedor y los pozos protegidos.

La salubridad del agua potable se define normalmente mediante normas nacionales y/o locales de calidad del agua potable.

La falta de sistemas de saneamiento adecuados en muchas partes del mundo ha dado lugar a la contaminación generalizada de las fuentes de agua de las que depende la supervivencia de las comunidades. En su Observación general Nº 15, el Comité subrayó que garantizar el acceso a servicios de saneamiento adecuados es uno de los principales mecanismos para proteger la calidad de las reservas y los recursos de agua potable.

• **Los servicios de abastecimiento de agua y de saneamiento deben ser físicamente accesibles** y estar al alcance de todos los sectores de la población, teniendo en cuenta las necesidades de determinados grupos, como las personas con discapacidad, las mujeres, los niños y los ancianos.

Aunque el derecho al agua no significa que todos deban tener acceso a agua y servicios de saneamiento dentro del hogar, sí presupone que estos servicios se encuentren en las cercanías o a una distancia razonable de la vivienda. También debería haber agua y servicios de saneamiento en las escuelas y los hospitales, los lugares de trabajo, los centros de detención y los campamentos de refugiados y de personas internamente desplazadas.

¹⁵ Observación general 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002). <http://www.wfrrt.org/humanrts/gencomm/epcomm15s.html>

Puesto que la cantidad de agua a que se tiene acceso cada día depende en gran medida de la distancia a la que está la fuente de agua y del tiempo que se tarda en recorrerla, se considera razonable una distancia que permita a todos recoger suficiente agua para cubrir los usos personales y domésticos.

Según la OMS, para tener un acceso básico a 20 litros de agua por día la fuente debe estar a no más de 1.000 m del hogar y el tiempo necesario para ir a buscar agua no debe exceder de 30 minutos.

Cuando hay agua corriente en las viviendas, el acceso es óptimo y es probable que se disponga de por lo menos 100 litros por persona al día.

• **Los servicios de agua deben ser asequibles para todos.** Ningún individuo o grupo debería verse privado del acceso a agua potable por no poder pagar.

Por consiguiente, los costos directos e indirectos del agua y el saneamiento no deberían privar a nadie del acceso a estos servicios y no deberían comprometer la capacidad de disfrutar de otros derechos humanos, como el derecho a la alimentación, a la educación, a una vivienda adecuada o a la salud. El requisito de la asequibilidad también pone de relieve que la recuperación de los costos no debe erigirse en un obstáculo al acceso al agua potable y el saneamiento, especialmente para los pobres. Por ejemplo, el PNUD propone como punto de referencia un umbral del 3% del ingreso familiar.

En general, los hogares más pobres no deberían cargar con una parte desproporcionadamente alta de los gastos en agua y saneamiento.

5. REFLEXIONES FINALES

Es evidente que el reconocimiento, en las constituciones nacionales de algunos Estados, y en los más relevantes organismos internacionales, supone un notable avance en la efectiva-

ción del derecho humano al agua, y en la eliminación de las injusticias a que la falta de acceso y saneamiento condena a millones de personas diariamente.

Ahora bien, este reconocimiento como derecho humano deviene inoperante, si no va acompañada del compromiso de los poderes públicos de implementarlo correctamente adoptando medidas políticas y económicas.

No bastan sólo palabras, sino que se hace imprescindible, como un primer paso para garantizar la dignidad humana, las inversiones, mediante planes realistas y comprometidos, en el suministro de agua y saneamiento. Sin dotación económica, sin reservas destinadas a estos fines en los presupuestos públicos, el derecho al agua será inoperante, y no será más que una declaración grandilocuente vacía de contenido, que olvida no sólo lo obvio de garantizar agua potable a todos los seres humanos, sino lo relevante que estas inversiones son para la generación de desarrollo social y económico, en términos de valor agregado.

Pero para ello es conveniente optar por un sistema de gestión pública del agua que garantice ese acceso universal. Hoy asistimos, enmascarada en la crisis, a la privatización de la gestión del agua. Los argumentos meramente económicos, priman sobre los humanitarios, colocando a millones de personas fuera del acceso al agua al no poder asumir el pago de los costes de suministro, y/o saneamiento, que se imponen de acuerdo a la rentabilidad de los inversores privados que en muchos casos, ni siquiera garantizan la calidad mínima del agua. Defendemos un modelo público de gestión del ciclo integral del agua frente a la privatización del recurso, resaltando el deber que tienen las administraciones de garantizar la prestación de un servicio de suministro de agua de calidad y en las mismas condiciones de igualdad para todos los ciudadanos. Igualmente es necesario reconsiderar la pertinencia de los bancos de agua¹⁶, así como la problemática de los revendedores.

¹⁶ Un 'banco de agua' es un mecanismo para vender o arrendar derechos de uso de agua, bien entre particulares (Cesión de derechos) o bien entre particular y el Estado

Y reiteramos que no basta con que el suministro se garantice, sino que el agua debe ser de calidad, potable, apta para los consumos humanos. Los datos son tozudos, la mitad de planeta consume agua contaminada o insalubre, y mientras, las grandes multinacionales del agua embotellada y las grandes corporaciones hacen su agosto, convirtiendo al agua embotellada, en los últimos treinta años, en la segunda o tercera mercancía que más dinero mueve del mundo, después del petróleo y el café¹⁷.

Igualmente se deberá dar solución, urgente, a la problemática que sufren los obres y/o desplazados que carecen de suministro, al no poder aportar los títulos de propiedad de los territorios donde se asientan.

Por otro lado, no debemos olvidar la geoestrategia del agua. Muchos conflictos entre Estados y territorios, enmascarados en patriotismo o expansionismo totalitario, no son en el fondo más que guerras por el control del agua¹⁸. El colonialismo económico y territorial presenta hoy nuevos rostros, focado en el control de territorios y cuencas hidrográficas que garanticen el preciado elemento para la continuación de unos programas económicos y sociales meramente capitalistas, que obvian la imprescindibles consideraciones ambientales, en aras de un desarrollo insostenible, que puede condenar al planeta a un futuro incierto que cuestione su propia supervivencia.

(Centros de Intercambio de Derechos). La función fundamental de un mercado de aguas es favorecer una reasignación de derechos de uso del agua cuando todos los recursos disponibles ya están asignados y algunos usos, incluida la demanda medioambiental, requieren disponer de más agua. Compartimos con WWF, que *“los mercados de agua son aceptables sólo si sirven para beneficiar al medio ambiente, por ejemplo mediante la asignación de un porcentaje del agua del agua vendida a fines medioambientales (ej. recuperar un acuífero sobreexplotado, incrementar los caudales circulantes en determinados tramos de río) o mediante la adquisición de derechos para aliviar las presiones existentes sobre los ecosistemas acuáticos. En todo caso, es esencial que estos mercados se introduzcan con mucha cautela y sólo después de haber estudiado ventajas y desventajas de las distintas opciones de regulación. Unas experiencias piloto permitirían evaluar los efectos sobre el medio ambiente, evitar causar problemas a gran escala, y mejorar la legislación actual”*

Vid.

http://www.wwf.es/que_hacemos/agua_y_agricultura/nuestras_soluciones/mercado_s_del_agua/

¹⁷ <http://www.esglobal.org/geopolitica-del-agua-embotellada>

¹⁸ SHIVA, V. Las guerras del agua: privatización, contaminación y lucro, Icaria Editorial, Barcelona, 2004.

LA INVESTIGACIÓN PREPROCESAL DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

Javier Rufino Rus¹

1. LA INVESTIGACIÓN PREPROCESAL DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

Introducción. Objeto del estudio

La especialización de Fiscales en asuntos penales medioambientales y la asunción por estos de funciones investigadoras, no constituyen en absoluto una novedad. Ciertamente es que la Ley 20/2006, de 28 de abril, por la que se reforma la Ley de Montes (43/2003, de 21 de Noviembre) incorporó al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal el art. 18 quinquies, por el que se creaba la figura del Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo, como delegado del Fiscal General del Estado. Ciertamente también que en 2007 se produjo la correlativa puesta en funcionamiento de una *red* de fiscales especialistas en las Fiscalías provinciales bajo la

¹ Fiscal Delegado de medio ambiente y urbanismo de la Audiencia Provincial de Sevilla.

dependencia del Fiscal de Sala, prevista en la Instrucción nº 11/2005 de la Fiscalía General del Estado. Y sin duda la nueva estructura institucional favorece el cumplimiento del principio de unidad de actuación del Ministerio Público² como, derivadamente, la efectividad del principio de legalidad en la función que tiene encomendada.

Sin embargo, la especialización *real* de los fiscales es muy anterior, como lo son también los instrumentos para lograr esa unidad de criterio en la persecución de estas conductas delictivas: esta preocupación por la materia no sólo se evidencia en la redacción de Consultas, Instrucciones y Consultas por la Fiscalía General³, sino incluso por la organización, de hecho que no de Derecho, de una red nacional en 2002⁴ o por la creación, en el ámbito de la Comunidad autónoma andaluza, de una red de fiscales medioambientales desde un convenio suscrito el 21 de junio de 2004 destinada, con resultados estimables, a procurar la formación específica de los fiscales encargados de la materia en cada provincia y a fijar criterios interpretativos idénticos en la solución de los numerosos problemas prácticos que se plantean en la investigación de delitos de este tipo. Esto último era una necesidad desde que, por reforma parcial del Código Penal operada por Ley de 25 de junio de 1983, se introdujo en nuestra legislación penal el antiguo art. 347 bis, tipificando por primera vez como delito una variada gama de acciones que atacaban gravemente al medio ambiente, a las que se unieron después otros tipos creados por el Código Penal de 1995, especialmente mediante la inclusión de los llamados delitos sobre la ordenación del territorio.

Hoy, cuando los textos de aquella antigua reforma de 1983 y del *nuevo* Código ya amarillean, subsiste la necesidad de allegar

² Artículo 124.2 de la Constitución y Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

³ Específicamente sobre incendios forestales, las Instrucciones de la FGE datan de 1986 y 1990 (nº 1 y 4, respectivamente). En general, la nº 1/1990, sobre *Contribución del Ministerio Fiscal a la investigación de los delitos contra el medio ambiente*.

⁴ En Valsáin (Segovia), para facilitar su futura constitución en momentos en que aún se carecía de estructura para ello.

soluciones eficaces en la investigación de estos delitos, tanto las llevadas a cabo por el Fiscal como con las propiamente jurisdiccionales, así como de propiciar criterios de interpretación uniformes por parte de los Tribunales, objetivo final a cuya consecución el Fiscal puede —y de hecho lo hace— contribuir decisivamente. Más aún en estos delitos, que afectan a intereses generales, colectivos y difusos y en los que la determinación de la víctima concreta no es siempre posible⁵.

No es éste el lugar, si embargo, para describir concienzudamente cuál ha sido el proceso evolutivo de la especialización en estos delitos⁶, sino para tratar de explicar las peculiaridades que presenta la práctica de diligencias de investigación del Fiscal cuando afecta a infracciones penales medioambientales, incidiendo no sólo en los principales aspectos particulares de estas indagaciones preprocesales: también en cómo garantizar en ellas la unidad de actuación; en el protagonismo del Fiscal de Medio Ambiente en la coordinación de la Policía Judicial (específica o genérica); y en la obligada cooperación y colaboración de las demás autoridades públicas y las entidades privadas con el Fiscal investigador. En tanto se aprueba el nuevo Código Procesal Penal, que de plasmarse al fin en texto legal atribuirá la investigación al Fiscal, son válidas las reflexiones que se hacen en este trabajo.

⁵ Esta última precisión relativa a la protección de intereses difusos que exigen, más que nunca, la intervención del Fiscal de Medio Ambiente, se apunta en la Memoria de la FGE del año 2006.

⁶ Un extenso estudio de esta evolución puede leerse en *Sobre la conveniencia o no de crear Fiscalías especiales en Medio Ambiente*. Vercher Noguera, Antonio, Técnicas de Investigación e infracciones medioambientales, Estudios de Derecho Judicial, nº 75, CGPJ. Madrid, 2005. O en *El esquema y estructura de la nueva especialidad de medio ambiente en el seno del Ministerio Público*. Vercher Noguera, Antonio, Madrid 2007.

2. La incoación de Diligencias preprocesales por el Fiscal de medio ambiente y urbanismo. Su origen: Administraciones, policía, particulares

Naturalmente, el modo de llegar la noticia del delito al Fiscal no tiene por qué presentar peculiaridades respecto a los supuestos en que directamente llega a conocimiento del Juez. Sucede que en materia medioambiental, urbanística e incluso de patrimonio histórico, quizás más que en ninguna otra parcela del Derecho Penal, la presentación de denuncias ante el Fiscal especializado, o la mera puesta en conocimiento de hechos de posible relevancia delictiva, es regla general en muchas provincias y la tendencia aumenta en todas ellas. Situación que claramente se desprende de las estadísticas del Fiscal de Sala Delegado de Medio Ambiente⁷, de la Memoria de la Fiscalía Superior de Andalucía desde hace años y, por tanto, de las presentadas por los respectivos fiscales delegados provinciales de medio ambiente. Mucho tiempo ha pasado desde que la Consulta 2/1995 de la Fiscalía General del Estado empleara expresiones de aliento a los fiscales que habían de emprender la investigación preprocesal, confiándolas nada menos que a la *audacia, que no a la imprudencia* de los fiscales; aludiendo a sus *dotes de improvisación* como modo de suplir las notables carencias de entonces, muchas aún no resueltas. Desde entonces las mejoras han sido ostensibles y los esfuerzos de coordinación y especialización han dado algunos frutos apreciables, por lo que el panorama actual permite, en fin, acometer estas investigaciones con criterios menos voluntaristas y con más posibilidades de éxito que en la época en que se redactó aquella Consulta.

⁷ No obstante, la tendencia al aumento es perceptible asimismo en otras materias: valga reseñar aquí que mientras en el año 2005 se incoaron 6.995 diligencias de investigación, la memoria de la FGE de 2007 muestra que en 2006 fueron 10.962. No se computan las de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, de la Fiscalía Antidroga y de la F. Anticorrupción.

- El modo más habitual de provocar la investigación preprocesal del Fiscal, en materia de medio ambiente, debería ser por denuncia de órganos de la **Administración Pública**, aunque se acusan todavía omisiones injustificables del deber de denunciar previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la legislación administrativa sectorial. Así, a) por los Ayuntamientos: especialmente en materia de urbanismo (art. 319 del Código Penal), en que sólo la *presión judicial* parece haber alentado las daciones de cuenta al Fiscal o al Juez, y rara vez dan cuenta de delitos medioambientales por conductas del art. 325 del C.Penal, siendo llamativo lo insólito de las iniciativas municipales en materia de contaminación acústica; b) más comúnmente, por órganos de la Administración autonómica, de ordinario por medio de sus delegaciones provinciales; c) alguna vez los organismos de cuenca (señaladamente Confederaciones Hidrográficas, allí donde las competencias respecto al dominio público hidráulico no están transferidas⁸) y residualmente otros órganos de la Administración periférica. Sin embargo, estas Administraciones constituyen más del 45% del origen de las diligencias en esta materia, con cierta tendencia a la baja en relación con las que ahora se exponen.

-En efecto, es palpable el aumento espectacular de **atestados policiales** por delitos contra el medioambiente y urbanismo remitidos únicamente al Fiscal de la sección de medio ambiente, y no al Juzgado de Guardia con copia al Ministerio Público, como correspondería al esquema habitual derivado de los arts. 282, 284, 772.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tendencia esta que se acentúa sobre todo en los delitos sobre la ordenación del territorio, cuyo *aflorescimiento* – pues en absoluto es un fenómeno delictivo nuevo y de hecho su proliferación y gravedad ocasionó su inclusión en el C.Penal de 1995- en los tres últimos años ha sido muy llamativa, básicamente como consecuencia de

⁸ Así, el Estatuto de Andalucía respecto a la competencia en relación al río Guadalquivir, que pasó temporalmente a la Agencia Andaluza del Agua hasta su declaración de inconstitucionalidad en este punto.

varios factores: la especialización de policías y de fiscales; la labor de coordinación de estos últimos por medio de las secciones de Fiscalía; el desarrollo de la red de fiscales medioambientales; su especialización como vehículo de transmisión eficaz desde la instancia administrativa o policial a los Juzgados y Tribunales. Sobre la relación con la Policía Judicial se volverá más adelante.

Por último, aunque ello no supone especialidad alguna digna de reseñar aquí, son habituales las **denuncias de particulares**, y es muy significativo el aumento del recurso al Fiscal de asociaciones, organizaciones privadas de defensa del medio ambiente y de grupos políticos. Con la peculiaridad de no ser extraña la denuncia anónima alegando temor al denunciado, en asuntos en los que con frecuencia se implica a responsables políticos, promotores inmobiliarios o administradores de empresas de actividades contaminantes.

En efecto y por lo que atañe a estas últimas, las graves imputaciones que normalmente se contienen desde el anonimato - especialmente modalidades de prevaricación medioambiental de autoridades municipales - aconsejan fijar unos mínimos criterios a seguir. De hecho la preocupación no es nueva, pues la Instrucción 3/1993, de 16 de marzo dictada por la Fiscalía General del Estado, advertía de los espurios propósitos encaminados a la descalificación pública y el descrédito social del denunciado. La norma procesal exige la identificación (arts. 265-personal-, 266 –por escrito y firmada por el denunciador, 267 –verbal-), lo que obliga al Fiscal a no proceder en aquellas que carezcan de un mínimo de verosimilitud⁹. En suma, se trata de ponderar el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para el bien jurídico (que es lo normal en los delitos medioambientales y urbanísticos, y rasgo seguro en las prevaricaciones), la proporcionalidad de acometer la investigación cuando

⁹ Una especial prudencia y cautela, conjugada con las exigencias procesales de investigación de delitos públicos, es analizada por Fidalgo Martín, Consuelo, en *Investigación de los delitos contra la ordenación del territorio*. Ponencia del Curso de formación de fiscales en materia de delitos urbanísticos, Cádiz, 2008.

se oculta el denunciante, y la legitimidad con la que pretenden respaldar las imputaciones delictivas de iniciativa innominada. Como colofón a lo expuesto, pues, cabe añadir que la denuncia anónima puede servir excepcionalmente para provocar una investigación preprocesal del Fiscal, pues el secreto de la fuente de información no implica en absoluto la inexistencia objetiva de aquello de lo que se informa al Fiscal¹⁰, y si se trata, como ocurre siempre en estos, de delitos perseguibles de oficio y no se está en el caso de las denuncias por hechos atípicos o manifiestamente falsos - como disciplina el art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal - no puede eludirse la decisión de incoar diligencias preprocesales o en su caso su traslado al Juzgado si está cercana la prescripción del hecho.

3. Diligencias habituales del fiscal de medio ambiente; requisitos, valor procesal

3.1. Generalidades: su valor y requisitos para practicarlas

No parece pertinente aquí hacer una exhaustiva descripción de todo lo que al Fiscal le es posible hacer en sus diligencias preprocesales, pues como se apuntó el objetivo de este análisis es solamente poner de manifiesto lo que de peculiar puedan tener si las dirige el Fiscal de medio ambiente¹¹. Por ello, bastará aquí recordar que todas ellas habrán de hacerse respetando los principios de *legalidad*, *proporcionalidad* y *defensa* (art. 5.2º de su Estatuto Orgánico), como corresponde a su posición intermedia entre las propias de la Policía y las que en rigor son judiciales;

¹⁰ Este es el sentido que cabalmente se desprende de la doctrina seguida por el Tribunal Constitucional; p.e., sentencia nº 104, de 3 de abril de 2006.

¹¹ Acerca de las condiciones en las que deben realizarse las diligencias del Ministerio Público, en general, puede consultarse un muy completo estudio de Segura Rodrigo, Myriam: *La tramitación de las diligencias de investigación penal*. En curso sobre las diligencias de Investigación del Fiscal. Zaragoza, abril de 2008.

intermedia no sólo desde el punto de vista del tiempo en el que son practicadas sino de la similitud con las últimas -sin identificarse con ellas- en cuanto a sus garantías procesales. Como fácilmente se deduce del juego de los dos preceptos procesales que regulan la cuestión¹², que permite, sucintamente expuestas:

- ordenar diligencias a la Policía Judicial que no sean limitativas de derechos.
- practicarlas por sí mismo, salvo medidas cautelares (a excepción de la detención, que sí puede acordar el Fiscal).

hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial a fin de recibirle declaración. Incluye tomar declaración al *suspechoso*, asistido de letrado. Contra lo que superficialmente pudiera suponerse de la lectura de la norma estatutaria, entiendo que en absoluto es imprescindible tomar declaración al denunciado en la Fiscalía; antes bien, será la excepción, dada la posterior obligatoriedad de reiterar judicialmente esta diligencia, cosa no predicable de la mayoría de las demás que haya realizado ya el Fiscal, cuya repetición o ratificación en el Juzgado de Instrucción será inútil. Por lo demás, los exiguos medios de las secciones de Fiscalía de medio ambiente impedirían tomar declaración a todos los implicados en los centenares de diligencias tramitadas en las provincias de mayor volumen de asuntos (en Andalucía, Sevilla, Málaga, Cádiz).

El art. 5 del E.O. citado enfatiza que todas estas diligencias, tanto si las practica el propio Fiscal como si se hacen bajo su dirección, *gozarán de **presunción de autenticidad***. Lo cual evidentemente alude no a que sustancialmente su contenido responda a la verdad material, sino a que formalmente su contenido refleja lo que se ha documentado. Tiene dos efectos¹³: que es presunción que admite prueba en contrario y que no precisa de

¹² Que son normas complementarias, como sostenían la Circular 1/1989 y la Consulta de 19 de abril de 1995 de la F.G.E.

¹³ Una mayor exposición de la interpretación que quepa hacer de esa expresión legal se contiene en la Circular 1/1989, de la Fiscalía General del Estado.

ratificación dilatoria e inútil ante el juez instructor¹⁴. Aunque entiendo que es evidente que sí deben reproducirse en todo caso en el juicio oral.

En asuntos medioambientales en amplio sentido, dada por una parte la trascendencia que frecuentemente tienen y, por otra, la implicación de personas de cierta relevancia política, así como las consecuencias económicas que se derivan, no será extraña la pretensión de **personación** de denunciante – lo que no es posible por no preverse en la ley – o la de tomar conocimiento de lo actuado por parte del investigado. Esto último sí se recoge expresamente en el tan citado art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y además es consecuencia de los principios de contradicción y defensa literalmente enunciados. Considero que aunque desgraciadamente siguen sin existir secretarios en las Fiscalías ni articularse medios de certificación que den oportuna fe de lo actuado, la petición del sospechoso podrá suponer a) la exhibición de las diligencias, particularmente de la denuncia inicial, b) certificación de concretas actuaciones (así se indica en la Instrucción 3/2004 de la F.G.E., en relación con la suficiencia de los miembros de los cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa para ello, conforme a los arts. 475 y 476 de la LOPJ), c) copia de las que sea factible sin perjudicar el éxito de la investigación pendiente¹⁵.

Sobre esto último, obviamente, si la íntegra exhibición de la investigación, incluido el atestado, implica riesgo de frustrar la investigación, la reserva mantenida por el Fiscal no podrá prolongarse sin vulnerar los incondicionados principios de contradicción y defensa, por lo que será forzoso judicializar de inmediato las diligencias, con expresa y fundada petición al Juez de que se declaren secretas las actuaciones al tiempo de presentar

¹⁴ La Instrucción 2/2008, sobre investigación del Fiscal, como se verá luego. Se muestra contraria a práctica de ratificar innecesariamente diligencias en el Juzgado.

¹⁵ Sobre el contenido de la información e intervención que pueden obtener las partes en estas diligencias, puede examinarse el más amplio estudio de Izaguirre Guerricaogitia, Jose M.: *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*. Ed. Aranzadi, 2001.

denuncia o querrela, a fin de restringir temporalmente el conocimiento de lo actuado a las partes. Sólo así podrá compatibilizarse la publicidad respecto al sospechoso y la pretensión de eficacia de las diligencias del Fiscal.

En cuanto a la recurribilidad de los decretos del Fiscal, nada hay de particular en materia de medioambiente respecto a la falta de previsión normativa (Consulta 1/09 de la FGE), con las precisiones hechas por auto del Tribunal Constitucional nº 151, de 8 de julio de 2013.

3.2. Diligencias preprocesales habitualmente practicadas

La naturaleza técnicamente compleja de los delitos habitualmente investigados por el Fiscal de medio ambiente y urbanismo implica en la mayoría de los casos la necesidad de acudir a diversas instancias administrativas o a cuerpos de funcionarios especializados, relacionados con la materia urbanística o medioambiental. Cuando no el recurso a Colegios profesionales que puedan aportar, asimismo, pericias imparciales y de la debida calidad técnica que complementen o contrasten la información obtenida por vía oficial¹⁶. No hace falta decir que en el corto periodo de 6 meses previsto en la ley va a ser difícil que se practiquen todas, pues son notorios los retrasos en contestar muchos de estos oficios, a veces no tanto por su dificultad como por ciertas inercias burocráticas de algunas instituciones. Además de practicarlas y documentarlas todas, se necesita que lleguen al Fiscal con la anticipación necesaria para analizarlas y tomar la decisión que proceda sin sobrepasar ese plazo perentorio.

Por esta razón, considero que la solución más práctica será, con apoyo en el art. 4 del Estatuto Orgánico, encomendar con-

¹⁶ Valgan como ejemplo acuerdos de colaboración durante el año 2008 del Fiscal de Sala con el Colegio Nacional de Arquitectos, en pericias urbanísticas o de ordenación del territorio. O muy recientemente con el de Biólogos, establecido por la red andaluza de fiscales medioambientales.

juntamente a la Policía Judicial (que en esta materia está constituido por a) el *Servicio de Protección de la Naturaleza (Seprona)* de la Guardia Civil; b) por la Unidad de Policía Nacional dependiente de la Consejería de Gobernación, que está especializada en delitos medioambientales y urbanísticos; y c) por la Unidad Orgánica de Policía Judicial especializada en delitos urbanísticos) la práctica por delegación de todas ellas mediante oficio entregado a la Policía, en el que se relacionen todas las diligencias que habrán de realizar las distintas instituciones, con expresa mención a que se requieren por la Policía ordenadas previo Decreto del Fiscal, así como lo inexcusable de la colaboración por parte del requerido. De lo contrario, dirigir específicamente el Fiscal a cada organismo u oficina pública el respectivo oficio hará incontables las diligencias, a la vista del elevado número de las que han de verificarse y los medios tan escasos de las Fiscalías, en las que todo el control del asunto y aun la elaboración material de los oficios recaen habitualmente en los fiscales, por falta de suficiente personal auxiliar y en ocasiones la escasa preparación específica de éste.

De este modo, y con la regla básica que todo lo obtenido ha de unirse así favorezca o perjudique al sospechoso, se ordenan habitualmente, al amparo de lo previsto en los arts. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

. Informes a Ayuntamientos, tal vez los más numerosos, especialmente los requeridos a arquitectos municipales en la investigación de delitos de los artículos 319, 320, 329 del C.P., a fin de que hagan informes sobre cuál es la clasificación del suelo afectado conforme al planeamiento municipal vigente, o la adecuación de una determinada actuación o intervención a las normas de protección del patrimonio histórico en la localidad; y sobre coste de reposición del suelo a su estado original en casos de construcciones ilegales, para preparar la efectividad de lo establecido en el art. 319.3º del C.P., sobre demoliciones. Por supuesto, la remisión de expedientes administrativos sancionadores y de restauración de la legalidad urbanística. Es esencial

tener en cuenta que al tratarse tipos penales con numerosos elementos normativos extrapenales, importa conocer datos del expediente administrativo sancionador, como acontece también en los casos del apartado siguiente.

. Órganos de las Comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias, que se articulan habitualmente por medio de las Delegaciones provinciales: Medio Ambiente, en materia de incendios forestales, flora, fauna, maltrato de animales domésticos, y sobre todo las acciones enumeradas en el art. 325 del C.Penal (en supuestos de vertidos a cauces públicos, es común la concurrencia de estos informes con los requeridos a las Confederaciones Hidrográficas). Cultura, por las conductas que se describen en los arts. 321 a 324 del texto penal. Urbanismo, si bien en este caso esencialmente por medio de la fructífera relación de las secciones de Fiscalía de medio ambiente y urbanismo con la actual Dirección General de Urbanismo, de la Consejería que en cada momento ostente las competencias de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Junta de Andalucía¹⁷

- certificaciones de Registros oficiales (de la Propiedad, Mercantil, tanto en delitos urbanísticos como medioambientales). Pues su acceso no está reservado a la autoridad judicial. Desde noviembre de 2008, existe un convenio de la Fiscalía General del Estado que permite el acceso de Fiscales delegados de medio ambiente a los datos de estas oficinas públicas. Existen índices de fincas y de personas titulares, cuya regulación se encuentra en los arts. 392 y 397 de la Ley Hipotecaria. Quede claro que la calificación de la finca, esencial a los efectos de los tipos del art. 319 del C.Penal, no la determina no obstante este Registro sino el planeamiento urbanístico. Por su parte, el registrador mercantil, mediante certificación o nota simple informativa,

¹⁷ Que tienen una especial relevancia cuando no se estiman suficientes o fiables los informes de técnicos municipales en materia de urbanismo, fundamentalmente cuando se investigan prevaricaciones por concesión de licencias manifiestamente contrarias a las normas urbanísticas vigentes (art. 320 del C.P.).

debe expedir lo que se le pide conforme al art. 77 del Reglamento del Registro Mercantil.

- información sobre el contenido del Catastro, que depende a día de hoy del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En cuanto a las propiedades inmobiliarias, se piden con finalidad distinta pero complementaria a la del Registro de la Propiedad. Las normas de aplicación son los arts. 3 y ss. de la Ley 43/2008, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario.

-Notarios, cuyo deber de colaboración genéricamente se deriva de las normas procesales apuntadas, aunque para otras materias diferentes a las medioambientales (señaladamente, prevención del blanqueo de capitales), existen normas concretas¹⁸.

- Entidades bancarias, en las que aparte del deber de colaboración general derivado de las mismas normas procesales, existe la llamada “norma nº 43 de la AEB”, a la que debería adaptarse la petición de información de toda autoridad, sea el Fiscal o el Juez. Las normas o cuadernos de la AEB (Asociación Española de Banca), recogen los procedimientos desarrollados por las entidades de crédito españolas a través de sus respectivas asociaciones. Es, por tanto, un procedimiento *normalizado* y común a todas las entidades de crédito que presten servicios. Y la norma citada regula qué información puede requerirse de una cuenta corriente o póliza de crédito; nº de cuenta, movimientos, tipología de los saldos, fechas de las operaciones, etc.

. Agencia Estatal de Administración Tributaria: La norma específica es el art. 95 de la Ley General Tributaria, cuyo apartado a) impone la colaboración con el Ministerio Fiscal en la investigación de delitos perseguibles de oficio, como los que son objeto de este estudio. Respecto a bienes inmuebles y no sólo respecto a liquidaciones tributarias, la base de datos de la AEAT se surte de la información de Haciendas de las Comunidades Autónomas (I.T.Patrimoniales), Ayuntamientos por impuestos municipales y notaría.

¹⁸ Órdenes Ministeriales de 20 de septiembre de 2005 y de 29 de enero de 2008.

.Otros informes técnicos, incluidos los requeridos a profesionales privados. La posibilidad de que el Fiscal de medio ambiente recabe estos informes está singularmente prevista en los arts. 4 y 18 bis del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal desde la reforma operada por Ley 24/2007. De hecho se regula la posibilidad de que el Fiscal investigador haga comparecer ante sí a *cualquier persona* sin distinguir si es como perito o testigo. No es extraña la posibilidad de recurrir a estos profesionales, tratándose en delitos medioambientales de normas penales *en blanco*, que necesitan ser completadas con informes sobre la adecuación de un comportamiento a normas administrativas, en ocasiones de gran complejidad técnica, que puntualmente no es factible requerir de organismos públicos y reclaman dictámenes de colegios profesionales o de técnicos privados. Debe recordarse que el art. 19 del mismo Estatuto Orgánico prevé además la posibilidad de adscribir a las Fiscalías especiales *cuantos profesionales y expertos sean necesarios para auxiliarles de manera permanente u ocasional*, lo que por el momento existe en la Fiscalía de Sala Delegada de Medio Ambiente pero raramente en las provinciales de la misma especialidad.

En todo caso, considero que los dictámenes de especialistas ordenados por el Fiscal en sus diligencias de investigación no tienen por qué ser después ratificados ante el Juzgado de Instrucción – obviamente sí en el juicio oral- salvo que justificadamente se pretenda aclararlos o ampliarlos en esa fase, no como trámite rutinario. De hecho, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado n° 2/2008 califica de *viciosa* la práctica de ratificar en la instrucción judicial actuaciones ya practicadas. Otra cosa es que siempre quede abierta la posibilidad de aportar periciales contradictorias, por supuesto¹⁹.

¹⁹ Son muy interesantes las sentencias de la sala 2ª del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2003, declarando sin valor probatorio unos análisis aportados por el Fiscal en la investigación de un delito medioambiental, pero por el retraso en enviarlos al juez a pesar de constarle la existencia de un procedimiento judicial sobre idénticos hechos; y la de 30 de mayo de 2007, también en delito de esta naturaleza, confirmando que es durante el juicio oral cuando debe respetarse la contradicción,

En relación a todo lo expuesto en este apartado, la incomparecencia o falta de colaboración al llamamiento legítimo hecho por el Fiscal en sus diligencias de investigación dará lugar, con arreglo a la clara disposición del art. 4 o 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a las responsabilidades penales previstas en los artículos 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 412 del C.Penal.

En general, y respecto a investigaciones patrimoniales, puede consultarse la Circular 4/2010, sobre la función del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.

Puede añadirse, en cuanto a la posibilidad de recabar información relacionada con comunicaciones telefónicas – cuya intervención obviamente está reservada a la autoridad judicial – que el Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010, adoptó el Acuerdo que textualmente dice: *«Es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Ministerio Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre»*. En este texto, al igual que en la referida STS 249/2008, de 20 de mayo, puede observarse que la exigencia de autorización judicial se precisa para que el operador pueda ceder la información que almacena, pero no se extiende a la posibilidad de que el Fiscal pueda obtener esos datos por otra vía, para lo que no será necesaria dicha autorización.

inmediación (y oralidad) mediante la reproducción de las diligencias. Se trataba de impugnar la recogida de muestras de aguas contaminadas y su análisis por agentes policiales, a instancia del Fiscal, declarándolas válidas al ser ratificadas en juicio oral aunque no durante la fase de instrucción.

4. La función del Ministerio Fiscal en relación a las medidas cautelares: intermediación entre las adoptadas por la Administración y en los procedimientos por delito contra el medio ambiente, urbanismo y patrimonio histórico

Ya se advirtió al principio sobre las limitaciones materiales de esta exposición y a qué concreta actividad del Fiscal se ciñe; sin embargo, las consideraciones que a continuación se harán son por su carácter general válidas para todos los tipos que directa o indirectamente atañen a la protección penal del medio ambiente y los recursos naturales (así, los incendios forestales²⁰, los delitos *urbanísticos* y contra el patrimonio histórico), con las precisiones que luego se dirán, y en todo caso la intervención activa del Fiscal puede ser – y de hecho lo está siendo, especialmente en materia de Urbanismo- decisiva.

Llama la atención la casi nula ejecución de las medidas cautelares ordenadas por la autoridad administrativa competente en disciplina urbanística (cuando se ordenan), y el insuficiente aumento – en los últimos años- de la adopción de aquéllas en los procesos penales de esta clase, pese a la trascendencia práctica que pueden llegar a tener en el desarrollo del proceso y en la preventiva protección del bien jurídico en juego. Esto último, en buena medida, podría obedecer tanto a la relativa novedad legal como fundamentalmente a la parquedad de la regulación sobre la materia – argumentos de escaso peso- esencialmente limitada en lo jurisdiccional al genérico artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al 339 del Código Penal. Ciertamente, también el legislador permite adoptar para la persona jurídica u

²⁰ Acerca de éstos, resulta orientativa la posibilidad de adoptar medidas cautelares que, de modo provisional, respondan a la misma finalidad que las del artículo 355 del Código Penal cuando ha recaído sentencia condenatoria (medidas de preservación de la calificación urbanística o de interdicción de determinados usos en zonas forestales incendiadas)..

otras entidades no comprendidas en el art. 31 bis, las concretamente establecidas en el artículo 327 en relación al 33.7º, último párrafo, y 129.3º del mismo texto penal: clausura temporal, suspensión de actividades, intervención judicial.

Naturalmente que en delitos de esta clase, la cesación de los efectos perjudiciales ocasionados es lo mínimo que debe exigirse al autor del mismo (como literalmente recuerda la sentencia de la sala 2ª del Tribunal Supremo nº 872/2003, de 17 de Mayo²¹) y, en cuanto a la urgencia que de ordinario demandan estas situaciones, esta función cautelar compete en sentido amplio a la Policía, a la autoridad administrativa que tenga atribuidas las competencias medioambientales y, en el proceso penal, al Juzgado de Instrucción, sin perjuicio de que antes de incoarse procedimiento penal el Ministerio Fiscal de instrucciones a la Policía Judicial si ha incoado Diligencias de Investigación conforme al artículo 773.2º y 5 de su Estatuto Orgánico, con la salvedad de que no puede adoptar medidas cautelares ni limitativas de derechos, excepto la detención.

Todo ello, como se apuntaba antes, hace preciso resaltar el importante papel que puede desempeñar el Fiscal de medio ambiente como transmisor de la información que resulta de un expediente administrativo sancionador, cuando el hecho simultáneamente puede ser delictivo, hasta el Juzgado de Instrucción. Lo que habitualmente se articulará previa incoación de diligencias de investigación, en las que se *filtra* aquello que pueda ser delictivo de lo que no lo es, y se propicia en el primer caso la inmediata adopción de medidas cautelares urgentes por el Juzgado, cuando son imprescindibles para evitar daños o proveer lo necesario para que cesen éstos: piénsese, por ejemplo y como caso relativamente habitual, en un vertido de residuos tóxicos

²¹ Se trató de un supuesto en el que la empresa dirigida por el condenado vertía aguas residuales desde un colector que desembocaba en una riera y ésta, a su vez, en el río Besós, imposibilitando el desarrollo de organismos acuáticos, suponiendo un riesgo para la riera y su acuífero fluvial; alteraba gravemente el equilibrio ecológico del torrente, que es parte integrante del ecosistema catalán, así como de toda la cuenca mediterránea, según recogen los hechos probados de la resolución.

detectado por la Administración medioambiental que, por su apariencia delictiva, se comunica al Fiscal. Que sin prolongar sus diligencias preprocesales, presenta inmediata denuncia o querrela en la que se insta al Juez a acordar con urgencia lo procedente²².

No es objeto de este trabajo abordar por extenso el régimen de medidas cautelares en el expediente administrativo ni las adoptadas jurisdiccionalmente en el procedimiento contencioso-administrativo, pero el hecho de que se compartan potestades sancionadoras sobre los mismos hechos entre Administración y jurisdicción penal y entre ésta y la jurisdicción contencioso-administrativa genera teóricamente – que no en la práctica - el riesgo de conflicto entre las medidas cautelares de diferente naturaleza, todas ellas ordenadas a garantizar la satisfacción de los fines y bienes protegidos en el proceso respectivo. En cuanto a las de índole administrativa, si la Administración considera que el hecho puede ser constitutivo de delito, se plantea la duda de si debe cesar su intervención cautelar.

Parece claro que por imperativo de lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora – sobre vinculaciones con el orden jurisdiccional penal – y arts. 133 y 137 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo debe comunicar al Ministerio Fiscal (nº 1, primer apartado del Reglamento) o al Juzgado de Instrucción (si ya está en curso un procedimiento penal; segundo apartado), con suspensión del expediente si se comprueba la identidad de hecho, fundamento e infracción administrativa²³. Sobre la prefe-

²² Sobre medidas cautelares y su relación con las adoptadas administrativamente, véase *Las medidas cautelares en los delitos urbanísticos*, Romá Valdés, Antonio. En *Curso de formación de Fiscales sobre Delitos Urbanísticos*, Cádiz, 2007.

²³ Redacción que constituye una mera traslación de la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto a la prohibición del *bis in idem*, respecto a la colisión de sanciones administrativa y penal sobre iguales hechos; vid. STC nº 127/1990, de 5 de Julio, como precursora de las que reiteradamente han declarado la legitimidad de esa técnica (nº 118/1992, nº 62/1994, etc. En igual sentido y resolviendo la cuestión, el Pleno del Tribunal Constitucional de 2008 sobre modo de verificar la compensación de sanciones administrativa y penal.

rencia de la jurisdicción penal sobre otras, son de aplicación el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e indirectamente, el artículo 10.2 LOPJ, aunque éste a propósito de las cuestiones prejudiciales²⁴.

De este esquema competencial tan sumariamente expuesto resulta que mientras la *noticia criminis* llegue al Juzgado, incluido el habitual caso de que el Fiscal esté desarrollando una investigación preliminar, debe estimarse correcto el mantenimiento de las facultades cautelares de la Administración competente en materia medioambiental²⁵, al menos hasta tanto llegue la denuncia o querrela al Juzgado de Instrucción. Pero sin olvidar que la suspensión del expediente administrativo dirigido a evitar el *bis in idem* afecta al sancionador y no al de expediente de restauración de la legalidad.

Una vez que esa comunicación al Juzgado ocurra, en las Diligencias Previas²⁶ pueden no sólo adoptarse las medidas precisas para restaurar el equilibrio ecológico perturbado, sino, según se lee en el artículo 339 del Código Penal, *cualquier medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título*, lo que incluye ratificar materialmente las adoptadas administrativamente. Parece por lo tanto que basta la ponderación de si concurren o no los tradicionales presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, sean de relevancia real o personal: *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) y *periculum in mora*, entendido

²⁴ En cuanto al momento de dación de cuenta al Fiscal o al Juez, así como el modo de resolver la coincidencia de ilícitos administrativos y penales, vid. Del Castillo Mora, Daniel: *El principio non bis in idem en los ilícitos penales y administrativos en materia de medio ambiente y ordenación del territorio: su tratamiento por la doctrina científica y los Tribunales*. "Reflexiones", revista de Obras Públicas, Transportes y Ordenación Territorial, Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, nº 5, I/2008.

²⁵ Tirado Estrada, Jesús: "Delitos contra la ordenación del territorio: aspectos generales. Problemática práctica de las relaciones Administración-Jurisdicción. Derecho Penal y Derecho Administrativo". En Curso sobre Ordenación del Territorio. Madrid, 1999 (CEJAJ).

²⁶ O el procedimiento del Tribunal del Jurado, si de incendios forestales se trata (artículo 1.2.e de la L.O. 5/1995).

cabalmente como el riesgo de perjuicio que puedan derivarse no sólo para el proceso penal, sino muy especialmente para los bienes y derechos de los afectados por el delito, que tanto pueden ser particulares como la sociedad en su conjunto.

De entre las escasas normas que en la ley procesal existen para habilitar su adopción en el proceso penal, la previsión básica está en los arts. 764 y 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dirigido el primero a garantizar responsabilidades pecuniarias con la mención a que debe adoptarse por auto y en pieza separada (apartado 1º) y a establecer una remisión expresa sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria a las normas que sobre medidas cautelares prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil. Recordando el carácter *temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento*. El artículo 13 de la ley procesal penal, más genérico pero que permite mayor discrecionalidad judicial, puede aplicarse tanto al inicio del proceso penal como en momentos posteriores, sin perder nunca de vista que en delitos medioambientales prevalece el interés público y no el particular y ello aconseja su adopción incluso de oficio.

Entre las medidas cautelares de naturaleza real que el Fiscal puede interesar al término de sus diligencias preprocesales, explícitamente se prevén en la ley procesal civil, como supletoria que es: 1) el embargo preventivo de bienes; 2) la anotación preventiva de demanda (o de denuncia o querrela, ha de entenderse), 3) la cesación provisional de la actividad o la de abstenerse de llevar a cabo una conducta (piénsese en un vertido continuado de una industria al dominio público hidráulico, o las obras de una vivienda ilegalizable en suelo no urbanizable), 4) la intervención y depósito de ingresos obtenidos en la actuación ilícita.

Cabe también reseñar que expresamente se prevén en el artículo 129.3º del Código Penal (precepto que aunque reformado por la L.O. 15/2003, de 25 de Noviembre, y L.O. 5/2010, de 22 de junio, no modifica la enumeración de medidas de aseguramiento fuera de la persona jurídica):

clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de 5 años.

Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de 5 años.

Intervención judicial.

Importa destacar que aquella primera reforma del Código Penal fijó una novedosa mención a la necesidad de dar audiencia al Ministerio Fiscal y a los titulares o representantes legales, mención lógica derivada de los principios de audiencia y contradicción, así como de la trascendencia económica que pueden tener tales decisiones. Asimismo, se excluye expresamente de la decisión del Juzgado de Instrucción la disolución de la sociedad, asociación o fundación (por incompatibles con la naturaleza cautelar de la decisión del juez, esencialmente provisional). También quedan vedadas como medidas cautelares la prohibición de realizar en el futuro actividades mercantiles de la clase que haya determinado la comisión, favorecimiento o encubrimiento del delito. En este caso la *ratio* del precepto descansa en que el artículo 129 Código Penal la prevé como consecuencia accesoria de la pena, por lo que tiene menos sentido como medida preventiva o de aseguramiento.

Todo ello sin perjuicio de otras medidas cautelares que quepa adoptar dentro del ámbito general de los artículos 7.3 LOPJ y, como se ha anticipado, 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificado por Ley 27/2003. La mención relativa a medidas protectoras en relación con *ofendidos o perjudicados* incluye cualesquiera otras favorables al interés público, cuya concreción vendrá dada según las circunstancias del caso, si bien son fácilmente concebibles las destinadas a restaurar el medio dañado, que no sólo caben como consecuencia accesoria de la pena (artículo 339 Código Penal, conforme a su redacción operada por L.O. 5/2010). Todo ello incluso si no mediara expresa petición del Ministerio Fiscal, salvo obviamente la prisión provisional en casos de especial gravedad lo que, tratándose de medida de ca-

rácter personal que carece de especialidades en estos delitos, supera el interés de este estudio.

Entre las más habituales, merecen destacarse:

la paralización de obras o de la actividad contaminante. Entre las primeras y en lo que afecta a los delitos sobre la ordenación del territorio, su previsión expresa se encuentra en leyes administrativas. Así, en el art. 181 en relación al 192 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, prevista como obligatoria para la Administración ante obras ilegales (análogamente en cuanto a su carácter imperativo, art. 52 del Reglamento de Disciplina Urbanística). Entiendo que igualmente debe prohibirse el uso de lo edificado si la obra ilegal ya ha sido concluida, para impedir el uso del objeto del delito y la consolidación de sus efectos, pues lo contrario hará más difícil en el futuro la restauración del suelo.

Corte de suministros de servicios públicos que favorezcan el progreso de las obras (agua, luz, gas...). Aquí conviene recordar que para contratarlos definitivamente se precisa de licencia de primera ocupación, lo que con demasiada frecuencia no se hace.

Precinto de las obras o instalaciones, con la consiguiente advertencia de las consecuencias penales de su quebrantamiento.

fianzas para garantizar la futura reposición de suelo o del recurso natural a su estado originario. En los delitos del art. 319 del C.P., en especial, sistemáticamente se ordena en sus diligencias, o se pide al Juzgado por los Fiscales, que se hagan informes periciales para cuantificar el coste de reposición. Coste que incluye la demolición (apdo. 3º del art. 319 C.P.) y posible actividad complementaria para la restauración del suelo a su estado anterior al delito. Se suelen encomendar a la Administración municipal – arquitecto del Ayuntamiento- o a la Dirección General de Urbanismo de la Junta de Andalucía.

Por otra parte, como continuación del examen general de las medidas cautelares de naturaleza real en el proceso penal, las acordadas por el Juez excluyen como regla general las adoptadas por el órgano administrativo antes de la incoación de la causa

penal. Si bien el Fiscal podrá interesar, o el Juez adoptar, las que procedan con arreglo al marco antes señalado, aunque materialmente constituyan sólo una mera *ratificación* de las tomadas en el expediente administrativo, que las más de las veces son las que se acaban de mencionar. Incluidos los mecanismos de control de la observancia de tales cautelas. De hecho, ello tendría la utilidad complementaria de facilitar que la situación se repusiera al estado previo a la infracción, caso de que el procedimiento penal concluyese con sobreseimiento o sentencia absolutoria: la Administración recuperaría sus facultades disciplinarias y cabría ejercer la función protectora del bien tutelado²⁷. Sin perjuicio de la posible vinculación a los hechos probados de la sentencia absolutoria.

Téngase en cuenta, en las medidas cautelares por delitos contra el medio ambiente, que descartada como regla general por improcedente la detención que sí puede ordenar, el Fiscal no puede acordar por sí solo la citada suspensión de las actividades de una empresa contaminante por vertidos o emisiones abusivas, o el afianzamiento de los daños producidos por ellos. O, como con demasiada frecuencia acontece en delitos urbanísticos, es imprescindible ordenar con urgencia la paralización de unas obras de edificación ilegal que avanzan a ritmo inusitado precisamente porque el promotor quiere dificultar una futura demolición (art. 319.3º del C.Penal) y pretende desde ya el disfrute de lo ilegalmente construido. O a ese mismo fin, ordenar las antes referidas: precinto de las obras, corte de suministros de agua y electricidad, e incluso la incautación de la maquinaria constructiva si existe contumacia del promotor o constructor irregular. Todas estas decisiones se reservan al Juzgado y el Fiscal, privado por sí solo de la facultad de ordenarlas, ha de interesarlas al Juez remitiendo sus diligencias con la denuncia o querrela, precisamente con fundamento en el *periculum in mora*.

²⁷ Tirado Estrada, J., op. cit.

Queda por hacer una sucinta mención a medidas de aseguramiento de las responsabilidades civiles por los daños materiales causados a bienes de titularidad pública o de particulares con el delito ecológico o urbanístico investigado²⁸. Sobre la admisibilidad de pretensiones de responsabilidad civil a favor de particulares en delitos de este tipo²⁹, la sala 2ª los admitió incluso bajo la vigencia del anterior Código Penal, desde la sentencia de 30 de Noviembre de 1990. Con mayor extensión y como precursora del expreso reconocimiento de acciones de este tipo en el procedimiento penal, la de 1 de Abril de 1993³⁰ admitió la legitimación de personas jurídicas para instar la responsabilidad civil en causas en las que se atente contra valores medioambientales – con la consiguiente viabilidad de solicitar medidas *ad cautelam* tanto por el Ministerio Fiscal como por los perjudicados que se hayan personado en el procedimiento – y la indemnizabilidad del daño ambiental, incluido el daño moral. Podrían instarse no sólo las orientadas a asegurar la efectividad de futuras indemnizaciones tras la sentencia condenatoria, sino incluso otras *innominadas* – por emplear una terminología clásica en las de aseguramiento civil – para evitar futuros daños. Piénsese, por ejemplo, en la privación temporal del uso de la zona de medio ambiente degradado o desde la que se ha ocasionado el menoscabo. Sobre la determinación de las responsabilidades civiles, ha de tenerse en cuenta la nueva regulación establecida en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (Disposición adicional Novena).

Por último y sin pretender profundizar en materia ajena a este estudio, la colisión entre medidas cautelares reales de la jurisdicción penal y contencioso-administrativa es difícilmente imaginable: estas últimas tienen una regulación específica, y tienden a la paralización de la ejecución de la medida administra-

²⁹ Véase sobre esta cuestión López Beltrán de Heredia: "Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual". Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

tiva que se impugna, situación extraña a los delitos medioambientales. En abstracto, el conflicto jurisdiccional, desde la perspectiva del artículo 44 LOPJ, cedería a favor de las medidas cautelares, preventivas o preparatorias de orden penal, sin perjuicio de las que tengan carácter necesario, urgente o que de no plantearse pudieran producir quebranto de difícil reparación.

5. El plazo para la realización de las diligencias preprocesales

Quizás más que en ninguna otra materia, el plazo perentorio de 6 meses establecido en el art. 5 del Estatuto Orgánico (tras la reforma operada por la ley 4/2003) supone un serio obstáculo para hacer efectiva una mínima pretensión de completar – aunque no exhaustivamente – la investigación de delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio y el patrimonio histórico. En efecto, el desmesurado incremento en el número de diligencias de investigación de este tipo producido en los últimos años; su complejidad objetiva dada la naturaleza de los hechos delictivos que se indagan; su dificultad técnica y probatoria (incluida en ocasiones la determinación de su autoría por la intervención concurrente de sociedades mercantiles); la insuficiente dotación de fiscales y de personal auxiliar en las secciones de medio ambiente de las Fiscalías – con el añadido de tener que atender a otros muchos servicios ajenos a la especialidad, de modo que es insólita la exclusividad en la dedicación a estas materias – en su conjunto ocasionan a veces una prematura judicialización de las investigaciones ante la dificultad, cuando no imposibilidad, de clausurarlas en el periodo establecido en la ley.

No cabe duda que la celeridad en la tramitación ha de constituir una preocupación constante en toda investigación criminal, pero sorprende que, a diferencia del Ministerio Público, no se exijan plazos máximos predeterminados respecto a las investigaciones no ya del juez en el proceso penal, sino a la Policía en

pesquisas por idénticos delitos. Dándose pues la circunstancia, en este sentido, de que unas diligencias policiales relativas a un delito medioambiental – cuyo atestado va a ser entregado en la mayoría de los casos sólo al Fiscal de medio ambiente y no al Juzgado- no estén afectadas por un plazo perentorio y por tanto puedan estar abiertas más de 6 meses sin necesidad de mayores justificaciones. Y, sin embargo, al ser remitidas al fiscal encargado de la sección de medio ambiente y urbanismo bajo cuya dependencia funcional intervienen los agentes policiales, la investigación preprocesal se ve limitada en todo caso a ese apremiante periodo de tiempo.

La Instrucción nº 1/2003, *sobre aspectos organizativos de las Fiscalías y sus adscripciones*, ya imponía la obligación de los Fiscales Jefes de dar cuenta del estado de la investigación cuando habían transcurrido más de 3 meses desde su incoación, con mención de las razones que impedían su terminación; de hecho, la práctica sigue siendo la de informar con esa periodicidad trimestral comunicando aquellas que fueron incoadas más de 3 meses antes y se hallan pendientes de terminación³¹. La limitación temporal, desde luego, conjura el riesgo de realizar pesquisas demasiado genéricas y difusas³², de modo que el objeto del procedimiento ha de estar determinado con la mayor claridad posible desde el inicio. Este plazo de vigencia en materia de medio ambiente es inevitable si se pretende recabar información relevante para pronunciarse sobre remisión al Juzgado con denuncia o querrela o, por el contrario, archivarlas.

Cierto es que el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece un plazo mayor (12 meses) cuando se trata de delitos tramitados por la Fiscalía contra la corrupción y la criminalidad organizada, exclusivamente respecto a los delitos de su

³² Montijano Serrano, Francisco, en *Proscripción de investigaciones penales generales*, CAM, Marbella, enero de 2008, hace un riguroso análisis de la inconveniencia de realizar procesos inquisitivos a modo de *causa general*, propugnando su incompatibilidad con el derecho de defensa y, con profusa cita jurisprudencial, una clara delimitación del objeto de la investigación.

competencia ³³. A este fin basta la referencia al elenco del art. 19.4 del mismo Estatuto Orgánico. Es cierto que la misma reforma operada por la ley 14/2003 permite al Fiscal General del Estado prorrogar por un periodo de 6 meses más las diligencias mediante Decreto motivado, pero ello aparece con un marcado carácter excepcional, exige instar la prórroga al menos un mes antes de la expiración del plazo ordinario de 6 meses y, en fin, provoca una complicación innecesaria si se tiene en cuenta que el art. 5 del Estatuto Orgánico ya establece que la duración habrá de ser *proporcionada a la naturaleza del hecho investigado*, lo que en este tipo de delitos supondrá normalmente duración dilatada. Fácil es deducir una posible desconfianza o recelo en la actuación investigadora del Fiscal – lo que no se compadece con la demostrada eficacia y celeridad en la mayor parte de las ocasiones- y que el plazo constituye un obstáculo para lograrlo, al ser inviable concluir las diligencias con todos los datos precisos si se trata de una investigación de delito medioambiental, sobre la ordenación del territorio o de prevaricación específica, en las que sea preciso oficiar a diversos organismos públicos (notarías, registros, Ayun-

³³ Cuatro. La Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada practicará las diligencias a que se refiere el artículo 5 de esta Ley e intervendrá directamente en procesos penales, en ambos casos siempre que se trate de supuestos de especial trascendencia, apreciada por el Fiscal General del Estado, en relación con: a. Delitos contra la Hacienda Pública, contra la seguridad social y de contrabando, delitos de prevaricación; Delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada; Malversación de caudales públicos; Fraudes y exacciones ilegales; Delitos de tráfico de influencias; Delitos de cohecho; Negociación prohibida a los funcionarios; Defraudaciones. j. Insolvencias punibles. k. Alteración de precios en concursos y subastas públicas. l. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. m. Delitos societarios. n. Blanqueo de capitales y conductas afines a la receptación, salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conductas a las otras Fiscalías Especiales. ñ. Delitos de corrupción en transacciones comerciales internacionales. o. Delitos de corrupción en el sector privado. q. La investigación de todo tipo de negocios jurídicos, transacciones o movimientos de bienes, valores o capitales, flujos económicos o activos patrimoniales, que indiciariamente aparezcan relacionados con la actividad de grupos delictivos organizados o con el aprovechamiento económico de actividades delictivas, así como de los delitos conexos o determinantes de tales actividades; salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conductas a la Fiscalía Antidroga o a la de la Audiencia Nacional.

tamientos, órganos autonómicos, administración periférica, etc.) cuyas respuestas no siempre son o pueden ser rápidas. Esta diversidad de diligencias para obtener pericias y documentación de cierta complejidad técnica no es en absoluto la excepción en materia medioambiental.

Llama la atención, por mucho que se fijen plazos y se enuncie un criterio de proporcionalidad en la duración de las diligencias, que no se anude una consecuencia jurídica de relevancia procesal al incumplimiento del plazo. De modo que ni cabe acordar por ello la invalidez o ineficacia de las diligencias que se remiten al Juzgado, ni existe un mecanismo corrector a cargo de éste, y sí solamente una eventual responsabilidad disciplinaria del fiscal encargado de la tramitación³⁴, lo que al procedimiento nada afecta. No obstante, el art. 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite de hecho a cualquier persona impedir la continuación de las diligencias preprocesales del Fiscal – puesto que los delitos del art. 319 y siguientes son siempre perseguibles de oficio – mediante una simple denuncia ante el Juzgado, lo que posibilita eludir a capricho al Fiscal si no se orienta la investigación según el criterio del denunciante. Riesgo nada lejano si se tiene en cuenta la especial naturaleza de estos delitos, en los que frecuentemente están en juego consecuencias políticas y económicas importantes.

Por último, interesa resaltar que la Consulta n° 2/1995 de la F.G.E. propone criterios que complementan el criterio legal de *proporcionalidad*: la evitación de duplicidad de diligencias sobre el mismo asunto, atender a cuáles sean las posibilidades reales de cada Fiscalía en cuanto a medios personales y materiales – elemento fundamental, pues a mi modo de ver se hace difícil el control efectivo de la duración de las diligencias, al carecerse en las secciones de medioambiente de una aplicación informática presentable que *avise* de la cercanía de la fecha de caducidad – ;

³⁴ Tras la reforma operada por ley 24/2007, de 9 de octubre, el régimen de infracciones se encuentra en los artículos 62 a 64 del la ley que regula el Estatuto Orgánico del M° Fiscal.

la conveniencia de garantizar el principio de contradicción; ponderar lo más adecuado al interés público y social; o la alusión al vaporoso *buen criterio* del Fiscal para decidir cuándo debe concluir la investigación remitiendo las diligencias al Juzgado.

6. Otros modos de terminación de las diligencias

Al margen de la conclusión por expiración del plazo máximo, lo normal será la clausura anticipada a) por presentarse denuncia o querrela ante el juez de Instrucción; b) por archivo de las actuaciones, c) por incoarse procedimiento judicial a instancia de un tercero, cualquiera que sea el modo de provocarlo.

En todo caso, si el Fiscal ordena el archivo por Decreto, deberá comunicarlo a quien alegue ser perjudicado u ofendido, o al denunciante, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción (art. 773.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal; en análogo sentido, art. 5.1º del Estatuto Orgánico). Y si entiende que procede el archivo por falta de autor conocido, aunque nada dicen las dos leyes procesales de aplicación, considero que por razones prácticas la solución debe ser la misma, sin necesidad de enviar la denuncia al juez para que sea él quien incoe diligencias previas y al tiempo acuerde el sobreseimiento. Es por otra parte la solución habitual. En todo caso, el archivo por razón de no ser delictiva una infracción administrativa debe dar lugar a comunicación al órgano administrativo competente, para que recobre su potestad sancionadora en el procedimiento que había sido suspendido.

Tres problemas que frecuentemente se suscitan en la práctica son, una vez acordado por Decreto del Fiscal que procede judicializar el asunto, 1º) si cabe el envío de la documentación al Juzgado con un oficio remisorio – sin interponer denuncia o querrela – 2º) si, admitido que necesariamente ha de ser una de esas vías la forma procesal de poner los hechos en conocimiento del Juez, cuál de ellas es la fórmula más correcta y 3º) si es exigido

ble que antes de presentar denuncia o querrela el Fiscal complete la investigación hasta donde le sea posible, con cierta pretensión de exhaustividad.

1º) Respecto a la primera cuestión, algunos autores³⁵ destacan – y la experiencia así lo confirma - como límite las dificultades estructurales del Ministerio Fiscal para llevar a cabo las diligencias precisas, dada la pluralidad y dificultad de las que ordinariamente se hacen en materia urbanística y medioambiental, con ínfimos medios. Pero ello no desplaza la obligación, caso de considerar que los hechos que han sido puestos en conocimiento del Fiscal pueden tener relevancia penal, de remitir el asunto al Juzgado mediante la interposición de denuncia o querrela, y no mediante una remisión burocrática con un simple oficio de la denuncia del órgano administrativo o la del particular, práctica ésta carente de soporte procesal y difícilmente compatible con la obligación derivada del art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se impone el ejercicio de *acciones penales*. Sin perjuicio obviamente del deber de constituirse junto al juez instructor³⁶ conforme al art. 773.1 de la ley procesal.

2º) En cuanto a la segunda cuestión apuntada, no existe un criterio determinante de cuál deba ser la fórmula de remisión de las diligencias preprocesales por el fiscal de medio ambiente al juez (si denuncia o querrela), a pesar de que una superficial lectura del art. 271 en relación al 105 haga pensar que debe ser siempre la segunda opción, pues el art. 5.1º y 3º de su Estatuto Orgánico – en su más reciente redacción, también- expresamente prevén que se puede presentar mera denuncia. La Consulta 2/95 de la Fiscalía General del Estado permite que al concluir las diligencias de investigación se envíen como denuncia; no hay razones sólidas ni precepto que obligue a escoger por una u otra posibilidad, ni existe modo de fiscalizarlo dado la inexistente

³⁵ Así lo hace José Javier Polo Buendía, en Los límites conceptuales y procesales de la investigación del Fiscal, estudio del seminario La investigación preliminar del Fiscal: experiencias y propuesta de futuro. Centro de Estudios Jurídicos, marzo de 2006.

³⁶ Como señalaba Portero García, Luis: *La estructura del Ministerio Fiscal en la investigación e instrucción*. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid, 1998.

regulación al respecto. Tampoco puede el juez rechazar la apertura del proceso penal por no presentar querrela, sin perjuicio obviamente de que la decisión sobre apertura o archivo tenga que ser notificada al fiscal de medio ambiente para poder recurrir en reforma y/o apelación (art. 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La cuestión no es en absoluto nueva: reflexiones sobre ello pueden encontrarse en la Consulta de la Fiscalía General del Estado n° 8, de 13 de octubre de 1973 y nada menos que en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1897.

Habitualmente se emplea la fórmula de querrela cuando el material de las diligencias de investigación apunta claramente a la existencia del delito medioambiental y a quién sea su autor, así como que se esté en condiciones de completar las demás menciones que prevé el art. 277 de la ley procesal en cuanto le son de aplicación al Ministerio Público. Bastando la denuncia si la acreditación del hecho, o de su autor, aparezca más necesitada de instrucción judicial, o simplemente urge la judicialización para evitar la posible prescripción del delito. Téngase en cuenta que en delitos medioambientales y urbanísticos el plazo habitual de prescripción era hasta la reforma de la L.O. 5/2010 el de 3 años, actualmente de 5 años (art. 133 del C.P.). Y, sobre todo, que como recordó la sentencia de la sala 2ª del T.Supremo de 21 de junio de 2006, n° 671, las diligencias de investigación del Fiscal no interrumpen la prescripción. Conocido es el reciente y discutido criterio del Tribunal Constitucional – no de la sala 2ª del T. Supremo- de no admitir siquiera la interrupción de la prescripción por la presentación de la denuncia o querrela, hasta tanto no se dirija en efecto el procedimiento por el Juzgado contra el culpable mediante la incoación del procedimiento y adopción de algún acto procesal que así lo indique. Acto procesal es el que emana de la autoridad jurisdiccional y no el del Fiscal en su investigación. La reforma de la L.O. 5/2010 confirió con ciertos matices efectos interruptivos a la mera presentación de denuncia o querrela, lo que resolvió la disparidad de criterios entre los Tribunales Supremo y Constitucional.

En fin, la opción entre denuncia o querrela es casi irrelevante tratándose del Fiscal, pues es parte necesaria en el proceso penal y nunca precisaría interponer precisamente querrela para ello, al menos en materia medioambiental, urbanística y de patrimonio histórico, por su perseguibilidad de oficio en todo caso³⁷. Por otra parte, la solicitud de que se abra un procedimiento penal está implícita en ambos casos, como la viabilidad de interesar la adopción de medidas cautelares.

3º) Por último, en lo que atañe a la tercera cuestión más arriba planteada (si el fiscal de medio ambiente necesariamente ha de completar su investigación todo lo que le sea posible antes de judicializarla), la respuesta ha de ser negativa. En efecto, el Fiscal puede practicar todas las diligencias que no estén reservadas al juez de instrucción, pero no tiene por qué ser exhaustivo y hacer todo lo que la ley le faculta para hacer. Esta decisión de remitir anticipadamente las diligencias originales al Juzgado, cuando podía completarlas más, no es revisable por el Juez³⁸. Y ya se ha dicho que en ocasiones obedece a la ponderación de circunstancias muy heterogéneas: así, la inmediatez de la prescripción, la necesidad urgente de adoptar medidas cautelares que no puede acordar el Fiscal, o la afectación de derechos fundamentales³⁹.

³⁷ En realidad, sólo en casos muy particulares como los del art. 191 del C.Penal o el art. 406 de la LOPJ procede otra cosa.

³⁸ En ese mismo sentido puede leerse la Consulta 2/1995, de 19 de abril, acerca de dos cuestiones sobre las diligencias de investigación del Fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad. Criterio que no varía en la nº 1/2008.

³⁹ Como propone Del Moral García, Antonio: *La terminación de las diligencias de investigación por el Ministerio Fiscal*. Curso sobre Las diligencias de investigación penal del Ministerio Fiscal: experiencias. Zaragoza, abril de 2008.

7. Aportación de medios de prueba una vez incoado el procedimiento judicial

El punto de partida es que conforme al art. 773.2º *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el Fiscal ha de cesar en su investigación tan pronto sepa de la existencia de un procedimiento judicial por el mismo hecho, sea mediante la notificación oficial, sea por la notoriedad del asunto, tan frecuente en estos tipos de delitos medioambientales y urbanísticos, incluidas las modalidades de prevaricación que tan rápida y *diligentemente* suelen poner los denunciantes en conocimiento de los medios de comunicación cuando están implicados responsables políticos.

La cuestión estuvo en 2008 de actualidad por una innecesaria polémica en nuestro ámbito judicial, a propósito de lo que no constituía, por el contrario, una novedad legal ni doctrinal: la práctica consistente en que el Fiscal, una vez incoado el procedimiento penal en el Juzgado de Instrucción, aporte al proceso diligencias de prueba que tenga a su disposición, normalmente por la previa remisión de la Policía Judicial al Ministerio Público. Esa práctica, con ser insólita en términos generales, es legítima conforme al art. 773.1º citado aunque como se ha apuntado motivó la reacción de algunos sectores de la Justicia⁴⁰ y ciertamente no constituye novedad alguna, pues antes de recordar su aplicabilidad la Instrucción de la F.G.E. nº 1/2008 estaba expresamente recogida no sólo en la ley procesal sino también en la conocida – por su extensión y calidad – Circular 1/1989, sin que por entonces hubiera objeciones. En aquella, la Fiscalía General del Estado vuelve a recordar el prudente uso que los fiscales pueden hacer de esa posibilidad de ordenar diligencias a la Policía Judicial, vigente ya un proceso penal.

⁴⁰ En concreto, a partir de un acuerdo de la Junta de jueces de la Audiencia Nacional, reclamando la exclusiva competencia para ordenar la práctica de diligencias, por lo que la iniciativa del Fiscal debía a su criterio, en todo caso, canalizarse a través de la autoridad judicial.

En efecto, el texto legal dice: En este procedimiento corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos (sic).

La práctica, aunque poco común en otras materias, no es extraña en los procedimientos penales relativos al medio ambiente, ordenación del territorio y el patrimonio histórico. Pues al ser habitual – en algunas provincias es ya regla general- que esas investigaciones se inicien en la sección de medio ambiente de la Fiscalía y no en el Juzgado, los órganos administrativos, así como las unidades de Policía Judicial (genérica o específica), dan cuenta al Fiscal en muchas ocasiones a pesar de estar ya incoado el procedimiento judicial tras la denuncia o querrela del Ministerio Público. Lo que determina que las nuevas diligencias de prueba recibidas por éste se remitan de inmediato al Juzgado, para la oportuna incorporación al proceso y respeto al principio de contradicción y defensa (precisamente estos principios, junto al de legalidad, se invocaban un tanto airadamente por los detractores de la iniciativa de la Fiscalía General del Estado, cuando se reiteró la posibilidad legal en la Instrucción n° 1/2008⁴¹).

Con todo, la discusión se plantea cuando el Fiscal no se limita a recibir pasivamente diligencias practicadas por la Policía que siguió las instrucciones de aquel durante la tramitación de las diligencias preprocesales, sino cuando el Fiscal de medio ambiente, de modo más activo, *ordena* a la Policía Judicial las actuaciones concretas, que serán incorporadas después como material probatorio al

⁴¹ Esta Instrucción es consecuencia de la previsión del art. 773 Ley de Enjuiciamiento Criminal donde se lee que El Fiscal General del Estado impartirá cuantas órdenes e instrucciones estime convenientes respecto a la actuación del Fiscal en este procedimiento, y en especial, respecto a la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 780.

proceso judicial, con el límite obligado de no poder protagonizar una investigación paralela a la del Juez. Mientras esto último es consecuencia evidente del art. 773.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la posibilidad de que el Fiscal puntualmente ordene una diligencia a la Policía Judicial a pesar de saber que está en curso la instrucción judicial, resulta una consecuencia que literalmente se desprende de la alternativa legal entre *aportar los medios de prueba o solicitando del juez de Instrucción la práctica de los mos*⁴². Lo relevante a mi criterio es que lo que se quiere aportar al proceso por esta vía excepcional, cumpla de inmediato con el control judicial de que se respetan los principios de legalidad, contradicción y defensa. No tanto la manera de incorporarse, que parece expresamente permitida por la ley.

No obstante y sentado que legalmente la práctica es inobjetable, considero que no tiene mucho sentido acudir a este expediente, pues directamente el Fiscal puede solicitarlas del Juzgado de Instrucción con el mismo resultado práctico, a lo que se une eludir la *sospecha* de parcialidad para las partes del proceso, por infundada que pueda ser. Téngase en cuenta además que la activa y permanente relación entre las secciones de medioambiente de las Fiscalías con las unidades de la Guardia Civil y la Unidad de Policía *autonómica*, al igual que con órganos públicos especializados en medio ambiente y urbanismo, permiten garantizar la calidad de las diligencias policiales sea quien sea la autoridad judicial o fiscal que las ordene. Pues en esa función auxiliar especializada, hoy ya con cierta experiencia práctica, saben *qué y cómo mirar*, en el sentido de qué es lo relevante en el procedimiento penal, cuáles son los medios más eficaces de comprobación y de qué órganos y autoridades públicas ha de pedirse auxilio y colaboración.

⁴² Crespo Barquero, Pedro, en un breve artículo publicado en la revista *Derecho y Fiscales*, mayo-junio de 2008, Ed. El Derecho Editores, sostiene que el enfoque correcto pasa por asegurar que la prueba se incorpore al proceso con las garantías que la Constitución exige, y con la eficacia deseable; que la polémica deriva más bien del mantenimiento de un juego de poderes burocrático y anacrónico; y que se trata en fin de que se respeten la independencia del juez y la autonomía del fiscal, aunque ambas son insuficientes para responder a las exigencias de un derecho penal moderno y adecuado a la Constitución.

8. Relaciones con la Policía Judicial: dirección y coordinación. Los agentes forestales

Se ha señalado ya el trascendental papel que el Fiscal de medio ambiente puede jugar en la labor de coordinación - que no de mera cooperación y colaboración- de la Policía Judicial especializada en esta materia. No se pretende abundar sobre cuestiones teóricas ni sobre las que son idénticas a otras parcelas de la investigación preprocesal del Ministerio Público. Baste señalar que el modo de concretar esa dirección y coordinación entre autoridades policiales se enmarca en el art. 126 CE; arts. 282 y 283 Ley de Enjuiciamiento Criminal; arts. 547 a 550 de la LOPJ⁴³; L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; y en el RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. La atribución de esas potestades a jueces y fiscales es clara y su análisis general sobrepasa el objetivo de este estudio.

Lo que interesa aquí es poner de relieve los problemas habituales suscitados en esas facultades de dirección policial, que sólo superficialmente se acometen en la Instrucción 4/2007, sobre el Fiscal coordinador de medio ambiente y urbanismo y las secciones de medio ambiente de las Fiscalías. A mi modo de ver, los problemas más comunes en esta materia son:

1º La concurrencia de idénticas atribuciones entre algunos cuerpos y fuerzas de seguridad que actúan como Policía Judicial específica; así ocurre en Andalucía entre el *Seprona* de la Guardia Civil y la Unidad de Policía *autonómica* (que pertenece al Cuerpo Nacional de Policía pero está adscrita a la Consejería de Gobernación, unidad que tiene encomendadas funciones de investigación medioambiental al servicio de las secciones de medio ambiente de las Fiscalías), e incluso con la Unidad de Policía Judicial especializada en delitos urbanísticos.

⁴³ Modificada a estos efectos por la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre.

En efecto, no existe un criterio territorial normativamente definido para distribuir entre unas y otras fuerzas las investigaciones, ni coordinación administrativa entre sus intervenciones, fuera del marco general de las Comisiones Provinciales de Policía Judicial. Tampoco se prevé una encomienda a unos u otros por materias (medio ambiente en sentido estricto, delitos sobre la ordenación del territorio, incendios forestales, flora y fauna, maltrato a animales, patrimonio histórico), de modo que en la práctica el origen de la investigación depende de qué cuerpo policial reciba la denuncia o de sus propias iniciativas: no hay, por ejemplo y por resaltar el supuesto más frecuente, una planificación de qué urbanizaciones ilegales merecen una investigación preferente, en razón a la gravedad de los hechos o la urgencia de interesar la intervención judicial para adoptar medidas cautelares. Salvo que actúen previa indicación del M^o Fiscal ante la noticia de una parcelación ilegal con edificaciones posteriores: en este caso se ordena por el Fiscal encargado del asunto – normalmente previo criterio de coordinación del Fiscal Delegado – tal investigación a una u otra fuerza policial dependiendo del grado de *saturación* que sufran, ante la proliferación de investigaciones en este tipo de delitos. La misma incoación está condicionada en muchos casos por iniciativas particulares o por la mayor o menor diligencia de los Ayuntamientos o de la Comunidad Autónoma en dar cuenta al Fiscal de infracciones urbanísticas posiblemente delictivas. Fácil es concluir que no es un criterio racional y carece de seguridad jurídica, con el riesgo de pérdida de eficacia si la coordinación no es correcta o la información recibida por el Fiscal delegado es incompleta.

Importa en consecuencia diseñar una estrategia, hacer una mínima planificación por objetivos en el territorio, con respeto al principio de legalidad que vincula al Fiscal: pero sólo los órganos técnicos de la Comunidad Autónoma encargados de velar por el cumplimiento de la disciplina urbanística, pueden en el ámbito administrativo priorizar la actuación en zonas o parajes en función de la importancia de cada caso, pues interviene aquí una mayor discrecionalidad e importancia del principio de oportu-

tunidad. No hay duda de que en este panorama, al menos en Andalucía, se prevén avances con la reciente creación de cuerpos de inspectores de urbanismo de la Consejería de Urbanismo y Vivienda, que trabajen en coordinación con Guardia Civil y policía *autonómica*.

2º Frecuencia de duplicidad de investigaciones sobre el mismo hecho: la situación se produce cuando la Fiscalía recibe comunicaciones independientes con cierta distancia en el tiempo, provenientes por una parte de los Ayuntamientos y, por otra, de la Guardia Civil o de la Unidad de Policía adscrita a la Comunidad autónoma sobre los mismos hechos. Lo que exige indicar a unas y otras instituciones que den cuenta de si lo han comunicado antes a otras autoridades para evitar *derrochar* medios y esfuerzos.

3º Necesidad de fijar a la Policía Judicial *medioambiental* criterios claros en la comunicación de estos delitos medioambientales al Fiscal o al Juzgado como alternativos directores de la investigación. En ocasiones se ordena por la sección de Fiscalía una investigación de numerosos delitos urbanísticos cometidos en un paraje a una fuerza policial, que después comunica a un tiempo su resultado al Juzgado y copia al Fiscal, con el forzoso cese de la investigación del Fiscal en tal caso y riesgo de que este advierta tardíamente que se ha incoado procedimiento judicial. La práctica indica, en estas materias, una mucho menor celeridad de la investigación judicial – especialmente en Juzgados de fuera de la capital- debida a la falta de especialización judicial y del personal auxiliar, y la carga de trabajo de los Juzgados, produciéndose frecuentes errores en cómo y a quién dirigir oficios para aportar pruebas documentales y periciales. Conviene pues, sin forzar en absoluto la legalidad, promover la asunción de las investigaciones bajo la dirección de la sección especializada de Fiscalía, reservando la judicialización para practicar las últimas e imprescindibles diligencias necesitadas de intermediación o, como se explicó, la práctica urgente de medidas cautelares.

4º Especial mención merece la relación entre el Fiscal y los agentes forestales mencionados en el art. 6,q) e la Ley de Montes

43/2003 (la ley 10/2006, de 28 de abril, la modifica en este punto): son policía judicial medioambiental genérica dependiente funcionalmente del Fiscal y/o del Juez cuando el hecho rebasa la infracción administrativa para ser delito. Pero como Policía mixta -administrativa y judicial, art 283.6º Ley de Enjuiciamiento Criminal – experta en guardería forestal, es problemático el control de su efectiva actuación de oficio en el *delito ecológico*, sea quién sea la persona o entidad investigada, ante la dependencia orgánica respecto a sus superiores en la Administración. Sus daciones de cuenta de hechos delictivos al Fiscal pasan sistemáticamente por el previo filtro de la *cadena de mando* administrativa, con riesgo de que se perjudique el cumplimiento del principio de legalidad⁴⁴ si después no se da traslado a Fiscalía. La solución adoptada en la primera reunión de Fiscales delegados de medio ambiente (año 2008) pasó por mantener una fluida relación con estos agentes, con reuniones y daciones de cuenta periódicas de las investigaciones por delito, lo que se hace conveniente en especial en incendios forestales.

Aparte de lo expuesto, cabe decir que con el diseño actual de las Fiscalías, con dificultades serias de plantilla para asignar el número suficiente de Fiscales a las secciones de medio ambiente con la debida dedicación o exclusividad, es muy difícil atender a la creciente demanda social e institucional de intervención investigadora del Mº Público, en delitos de esta peculiar naturaleza y dada la creciente frecuencia con que se denuncian. Situación agravada, paradójicamente, por la progresiva mejora organizativa de asociaciones de defensa del medio ambiente y el mayor compromiso de instituciones con competencias en disciplina urbanística y medioambiental, que exigen mayor número de fiscales dedicados a la especialidad. El cambio de mentalidad en el modo

⁴⁴ Acerca de este cuerpo policial, existen dos excelentes estudios de García Ortiz, Álvaro, en *De La Policía Judicial y del carácter del mismo que postula la guardería forestal* (Santiago de Compostela, mayo de 2007), y de Rodríguez Fernández, Ignacio, *La policía Judicial como función de investigación y su ejercicio por funcionarios no pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El caso de los agentes forestales*. Boletín de información del Mº de Justicia, nº 2039, junio de 2007.

de trabajar, por consiguiente, debe ser absoluto dada la inevitable asunción del protagonismo investigador de estos delitos por parte del Mº Fiscal, que es percibido así por la Policía Judicial, los Ayuntamientos y la Administración autonómica competente.

Javier Rufino Rus. Sevilla, noviembre de 2013.

Normativa de interés de la Fiscalía General del Estado, en las diligencias de investigación por delitos medioambientales

. Instrucción 1/1986, de 10 de julio, sobre actuación del Ministerio Fiscal en relación con los delitos de incendio.

.Instrucción 4/1990, de 25 de junio, sobre incendios forestales.

. Circular 1/1990, de 26 de septiembre, sobre contribución del Ministerio Fiscal a la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente.

.Instrucción 9/2005, de 28 de julio, sobre designación de Fiscales especialistas en materia de incendios forestales.

.Instrucción 4/2007, de 10 de abril, sobre el Fiscal coordinador de medio ambiente y Urbanismo y las secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías.

. Instrucción 1/2003, de 7 de abril, sobre aspectos organizativos de las Fiscalías y sus adscripciones con motivo de la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

. Consulta 1/2005, de 31 de marzo, sobre competencias de las Fiscalías para tramitar diligencias de investigación que afecten a personas aforadas.

. Instrucción 1/2008, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de Policía Judicial.

. Circular 4/2010, sobre la función del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.

Bibliografía

- Del Castillo Mora, Daniel: El principio non bis in idem en los ilícitos penales y administrativos en materia de medio ambiente y ordenación del territorio: su tratamiento por la doctrina científica y los Tribunales. “Reflexiones”, revista de Obras Públicas, Transportes y Ordenación Territorial, Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, nº 5, I/2008.

- Del Moral García, Antonio: *La terminación de las diligencias de investigación por el Ministerio Fiscal*. Curso sobre Las diligencias de investigación penal del Ministerio Fiscal: experiencias. Zaragoza, abril de 2008.

- Del Moral García, Antonio. *Aspectos problemáticos en los delitos contra el medio ambiente*. Estudios de Derecho Judicial, nº 52 de 2004, CGPJ.

- Fidalgo Martín, Consuelo: *Investigación de los delitos contra la ordenación del territorio*. Ponencia del Curso de formación de fiscales en materia de delitos urbanísticos, Cádiz, 2008.

- García Ortiz, Álvaro: De La Policía Judicial y del carácter del mismo que postula la guardería forestal. Santiago de Compostela, mayo de 2007.

- Izaguirre Guerricagoitia, Jose M.: La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma. Ed. Aranzadi, 2001.

- López Beltrán de Heredia: *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- Montijano Serrano, Francisco: *Proscripción de investigaciones penales generales*, CAM, Marbella, enero de 2008.

- Polo Buendía, José Javier: Los límites conceptuales y procesales de la investigación del Fiscal, estudio del seminario La investigación preliminar del Fiscal: experiencias y propuesta de futuro. Centro de Estudios Jurídicos, marzo de 2006.

- Portero García, Luis: *La estructura del Ministerio Fiscal en la investigación e instrucción*. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid, 1998.

-Rodríguez Fernández, Ignacio, La policía Judicial como función de investigación y su ejercicio por funcionarios no pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El caso de los agentes forestales. Boletín de información del Mº de Justicia, nº 2039, junio de 2007.

- Romá Valdés, Antonio. Las medidas cautelares en los delitos urbanísticos. En Curso de formación de Fiscales sobre Delitos Urbanísticos, Cádiz, 2007.

- Rufino Rus, Javier. *Delitos contra el medio ambiente, flora y fauna. Tipos penales y medidas cautelares*. Instrumentos judiciales de fomento para la protección del medioambiente Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 65. Madrid, 2004.

- Rufino Rus, Javier: *Algunas cuestiones a propósito de los delitos sobre la ordenación del territorio*. Curso de formación de Fiscales, Fiscalía General del Estado-Junta de Andalucía, Sevilla, septiembre de 1999.

- Segura Rodrigo, Myriam: *La tramitación de las diligencias de investigación penal*. En curso sobre las diligencias de Investigación del Fiscal. Zaragoza, abril de 2008.

- Tirado Estrada, Jesús: Delitos contra la ordenación del territorio: aspectos generales. Problemática práctica de las relaciones Administración-Jurisdicción. Derecho Penal y Derecho Administrativo. En Curso sobre Ordenación del Territorio. Madrid, 1999 (CEJAJ).

- Vercher Noguera, Antonio: *Sobre la conveniencia o no de crear Fiscalías especiales en Medio Ambiente*. Técnicas de Investigación e infracciones medioambientales, Estudios de Derecho Judicial, nº 75, CGPJ. Madrid, 2005.

- Vercher Noguera, Antonio: El esquema y estructura de la nueva especialidad de medio ambiente en el seno del Ministerio Público, Madrid, 2007.

LA LEGITIMACIÓN PASIVA INDEPENDIENTE DE LA PERSONA JURÍDICA EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

M^a Paula Díaz Pita*

I.- DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE Y LEGITIMACIÓN DE PERSONA JURÍDICA: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El Capítulo III del Título XVI del Código Penal (en adelante CP) que lleva la rúbrica de *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente* contiene una disposición íntimamente conectada con la cuestión procesal que vamos a abordar en este trabajo, esto es, la de si la persona jurídica ostenta o no por sí misma y de forma independiente legitimación pasiva en un proceso penal. La disposición en cuestión aparece prevista (con idéntica redacción) en los artículos 327 y 328,6 del CP, el primero de ellos aplicable a los dos tipos delictivos previstos en los art. 325

* Doctora en Derecho. Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Miembro Investigador del Grupo Andaluz de Investigación Jurídica SEJ-145, especializado en el estudio de los aspectos penales y procesales de los Delitos contra el Medioambiente.

del CP y el segundo a los castigados en los apartados 1, 2, 3 y 4 del art. 328 del CP.

El art. 325 del CP castiga a quien “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, agravándose esta conducta “si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas”.

En tanto que el art. 328, apartados 1, 2, 3, y 4 del CP castiga a “quienes establezcan depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas”, a “quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos y que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas”, a quienes “en la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación o el aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos, pongan en grave peligro la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas”, y, por último, al que “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general traslade una cantidad importante de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados”.

Por otro lado, tanto el art. 327 como el art. 328,6 del CP disponen, por su parte, que “atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo impo-

ner las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Precisamente, esta remisión que el art. 327 hace expresa y concretamente a las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33 del CP implica la posibilidad de que, en los supuestos en que los delitos contra el medio ambiente castigados en los arts. 325 y 328 del CP, si el criminalmente responsable ostenta la cualidad de persona jurídica, le puedan ser aplicables las penas previstas en el mismo.

Ciertamente, no es ni mucho menos novedoso el interés del legislador español por regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La lucha contra determinadas formas de criminalidad, como es el caso de los delitos societarios, los delitos de terrorismo o los delitos contra el medio ambiente plantea serias dificultades cuando se trata de encontrar un “culpable”, ya que es sumamente frecuente que en la comisión de estos tipos delictivos se encuentre involucrada alguna persona jurídica.

Y, en efecto, como ya señalara DÍAZ PITA¹ “(...) las personas jurídicas, y más concretamente, las sociedades de carácter mercantil, se han convertido en un factor altamente criminógeno: escándalos financieros, estafas a gran escala, desestabilización, incluso, de las economías estatales son sucesos que desgraciadamente, se producen con excesiva frecuencia con resultados y consecuencias en la mayoría de los casos, desastrosos”. Tanto es así que, como ya apuntara ECHARRI CASI² “diferentes estudios criminológicos (...) han puesto de manifiesto que los fenómenos de vulneración de bienes jurídicos colectivos, generalmente se realizan no por sujetos individuales, sino por grupos o colectividades, bajo muy diversas apariencias jurídicas, donde existe una compleja y jerarquizada estructura, que dificulta con-

¹ DÍAZ PITA, M.M. “El principio *societas delinquere non potest* y la responsabilidad de las personas jurídicas” en AA.VV. “Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo”, Perú, 2004 pág. 49.

² ECHARRI CASI, F.J. “Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias”, Navarra, 2003, pág. 23.

siderablemente la individualización de la responsabilidad por el hecho ilícito cometido”.

Desde el punto de vista penal es, por consiguiente, difícil hallar al responsable de un hecho delictivo cuando éste forma parte integrante de una persona jurídica ya que, como señala GARCÍA ARÁN³ “estructuralmente, la empresa se basa en una división de la organización del trabajo y una distribución jerárquica de sus órganos que provoca una considerable *atomización* de la toma de decisiones, de modo que cada uno de los intervinientes pueden ser totalmente ajenos a las aportaciones de los restantes”. Por tanto, si la determinación de la responsabilidad individual en el seno de una persona jurídica presenta serias dificultades, la cuestión que se ha venido planteando, desde el punto de vista de la doctrina penal, es la de si procedería regular una suerte de “autorresponsabilidad de la persona jurídica” no condicionada a la responsabilidad de la persona física.

Y, efectivamente, como ya señalara MIR PUIG⁴ “la cuestión tiene que ver con la de si el Derecho penal español ha admitido la responsabilidad penal, en sentido estricto, de las personas jurídicas y empresas, o si, por el contrario, mantiene en vigor el principio tradicional *societas delinquere non potest* y se ha limitado a prever determinadas medidas no punitivas, sino únicamente tendentes a impedir la peligrosidad que puedan tener determinadas personas jurídicas o empresas”.

Dicho de otra forma: ¿sería conveniente sustituir legalmente el principio *societas delinquere non potest* por el de *societas delinquere potest* a los solos efectos de salvar los numerosos obstáculos que acompañan a la determinación del responsable de los hechos delictivos cometidos en el seno de una persona jurídica?, ¿es

³ GARCÍA ARÁN, M. “Algunas consideraciones sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV. “El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López”, Granada, 1999, pág. 325.

⁴ MIR PUIG, S. “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 06-01 (2004), pág. 2. <http://criminet.ugr.es/recpc>.

factible desde el punto de vista penal atribuir responsabilidad a una persona jurídica? Y, de ser así, ¿la responsabilidad penal exigible a la persona jurídica le atribuye, en sí misma, la condición de imputada en un proceso penal no estando ésta preordenada a la imputación de la persona física?

Para responder a todas estas cuestiones es necesario analizarlas en dos momentos temporales que implican un antes y un después en la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y de su cualidad de imputada tanto desde el punto de vista del Derecho Penal como desde la óptica del Derecho procesal: antes de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 y con posterioridad a la misma, a lo que cabe añadir, desde el punto de vista procesal, la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011 que introduce en la LECrim la extraña figura del “representante procesal” de la persona jurídica.

II.- PANORAMA ANTERIOR A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LA LO 5/2010

La Ley Orgánica 15/2003, de 26 de noviembre, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dando una nueva redacción al art. 31 y regulando en el art. 129 las denominadas “consecuencias accesorias” manifestaba en la Exposición de Motivos que el propósito del legislador era abordar *“la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria”*.

La discusión, desde la óptica del Derecho Penal, de si es posible considerar responsable de un hecho delictivo a una per-

sona jurídica, se ha saldado con un abundante e importante cuerpo de doctrina⁵ en el se constata la existencia de posiciones encontradas sobre la base de la interpretación del contenido del artículo 31 del CP antes de la reforma operada por la L.O. 5/2010, de 25 de junio.

El mencionado artículo tenía su precedente más inmediato en el art. 15 bis del Código Penal, Texto Refundido de 1973, en el que fue introducido por la Reforma operada en 1983. La reforma llevada a cabo por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre da una nueva redacción al citado artículo 31 convirtiendo el contenido primigenio de ese precepto en su apartado primero y añadiendo un apartado segundo de confusa redacción⁶.

Pues bien, mientras que para un sector de la doctrina penalista⁷ la responsabilidad penal seguía siendo una responsabilidad

⁵ Véase, entre otros, GRACIA MARTÍN, L., "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, coords. S. Mir Puig y D.M. Luzón Peña, Barcelona 1996; el mismo, "Las consecuencias accesorias", en Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, Valencia 1998; CARMONA RUANO, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Empresa y Derecho penal (II), dir. Bajo Fernández, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1999; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., "Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP", en El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, coords. Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats, Pamplona 2001; MIR PUIG, S., op. cit.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. "La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas", en In Pret. Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Abril de 2006, nº 342, págs. 1 a 15; SILVA SÁNCHEZ, J.M. Y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. "El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?", en In Pret. Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Abril de 2006, nº 343, págs. 1 a 46.

⁶ El art. 31 del CP, en su redacción anterior a la Reforma de 2010 establecía que "1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó".

⁷ Véase, por todos, MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M. "Derecho penal. Parte general", 5ª edición, Valencia, 2002, págs. 220 y ss. En el mismo sentido, QUINTERO

de carácter individual y, por tanto, de las personas físicas, representantes legales o de hecho, de las personas jurídicas, por el contrario, para otro sector doctrinal de lo dispuesto en el art. 31 del CP (en su redacción anterior a la Reforma de 2010), podía inferirse la previsión de una responsabilidad penal directa de la persona jurídica si se interpretaba este precepto en relación con el contenido del artículo 129 del CP⁸ (también antes de la mencionada reforma) inserto en el Título VI del Libro I que llevaba la rúbrica *De las consecuencias accesorias*.

Por consiguiente, como sostenía ZULGADÍA ESPINAR⁹, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se infería de lo dispuesto en el art. 31 del CP ya que “en realidad, el artículo 31 CP es un mecanismo para *colmar lagunas de punibilidad en delitos especiales propios* y hacer punible la actividad de una persona física

OLIVARES, G. “Manual de Derecho penal. Parte general”, Pamplona, 2002, págs. 646 y ss. DÍAZ PITA, M.M. op., cit, pág. 51.

⁸ El art. 129 del CP, en su redacción anterior a la Reforma de 2010, disponía que “1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, empresa o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”.

⁹ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español”, en AA.VV. “El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz”, Pamplona, 2001, pág. 903.

que, no obstante haber lesionado un bien jurídico merecedora de pena, no encaja en un tipo penal por carecer de la cualificación necesaria para poder ser considerado autor (del delito especial propio). Dicho con otras palabras: en realidad (...) el artículo 31 CP integra solamente una <<causa de extensión del tipo, o de la autoría>>, que permite, sin lesionar el principio de legalidad, poner a cargo del representante (una persona física) las condiciones personales exigidas para ser autor de un delito especial propio (v.gr. deudor en el alzamiento de bienes del art. 259, quebrado en el delito del quiebra del art. 260 o deudor tributario en el delito fiscal del art. 305) condiciones que no se dan en él, aunque sí en la persona jurídica a la que representa”. Pero, por el contrario, sí podía deducirse dicha responsabilidad del contenido del art. 129 del CP en tanto en cuanto las “consecuencias accesorias” que en él se regulaban habían de tener el carácter de verdaderas sanciones penales, ya que “o se trata de penas, o se trata de medidas de seguridad –sin que tenga sentido inventarse un tercer género de sanciones penales cuando pueden ser incluidas en alguno de los dos ya conocidos”¹⁰.

Para DE LA CUESTA ARZAMENDI¹¹, “el debate más importante se centró en torno a la naturaleza de la nueva responsabilidad – legalmente descrita con términos más civiles que penales e inhabituales en el plano penológico –, extendiéndose la opinión de que, más que introducir una propia y verdadera sanción penal (o de naturaleza civil o administrativa) o, en su caso, una consecuencia accesoria, la fórmula legal buscaba sólo el “aseguramiento patrimonial de una deuda de Derecho público”, sin que de ello pudiera derivarse ninguna regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”¹².

¹⁰ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., op. cit, pág. 895.

¹¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, e Revista Electrónica de la AIDP, 2011, A-05:1, pág. 5.

¹² En este sentido, véase, entre otros, ALVAREZ GARCÍA, F.J., “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal”, Revista de Derecho Penal, 12, 2004, págs. 141 y ss.; DE LA

A salvo de esta discrepancia doctrinal en torno a la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, es innegable que el legislador de 2003 pretendió regular dicha posibilidad al prever la imposición de sanciones penales para los casos de comisión de determinados hechos delictivos, voluntad ésta que queda reflejada en los numerosos anteproyectos y proyectos de reforma anteriores a 2010 y posteriores a 2006¹³.

Pero si desde el punto de vista del Derecho Penal la cuestión de si es posible entender que la persona jurídica posee responsabilidad penal ha sido objeto de un amplio debate, no ocurrió lo mismo en el ámbito del Derecho Procesal donde la cuestión se centra tratar de esclarecer si las personas jurídicas poseen o no legitimación para actuar como imputados en el seno de un proceso penal. Quizás a ello contribuyó la negativa circunstancia de que la Reforma del CP de 2003 no se extendió a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dejando, por tanto,

FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal*, Valladolid, 2004, págs. 71 y ss.

¹³ En este sentido, véase, entre otros, JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., "La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo. Comentarios al Proyecto de modificación del Código Penal de 2006", en *La reforma de la Justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, coord. por Arangüena Fanego/Sanz Morán, Valladolid, 2008, págs.. 51 y ss; MORALES PRATS, F., "La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español: de lo accesorio a lo principal", en *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, dir. por Muñoz Conde, Valencia, 2008, págs. 595 y ss; y, el mismo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas; perspectivas de reforma en el Derecho penal español", *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, dir. por Álvarez García, Valencia, 2009, págs.. 47 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado", en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*. Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6, 2009, págs. 291 y ss; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "Responsabilidad penal para los entes sociales?", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXII, 2009, págs.. 126 y ss; ROSO CAÑADILLAS, R., "Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa", en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, dir. por Luzón Peña, Madrid, 2010, págs.. 279 y ss. y 284 ss; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones", en *El Anteproyecto...*, op. cit., págs.. 303 y ss.

huérfana de regulación la la figura de la persona jurídica como imputada en un proceso penal.

Es por ello que los arts. 31, 31 bis y 129 del Código Penal, en su redacción dada por la Reforma de 2003, suscitaban dudas no solo sobre la capacidad de las personas jurídicas u otras entidades sin personalidad jurídica para ostentar responsabilidad penal sino también para poseer legitimación pasiva en el proceso penal. Por lo que desde el punto de vista del Derecho Procesal la pregunta que se planteaba era la de si podía resultar la persona jurídica imputada en un proceso penal, o dicho de otra forma: ¿comprendía el concepto procesal de imputado a la persona jurídica?

Desde el punto de vista procesal, y atendiendo a lo dispuesto en el art. 118 de la LECrim, por imputado habría de entenderse aquella **persona física** a la que se atribuye provisionalmente la comisión de un hecho delictivo, es decir, aquella persona física que, una vez desarrollado el proceso penal, puede resultar absuelta o condenada por el hecho o hechos delictivos por los que se procedió; más concretamente, aquella persona física que pueda ser considerada responsable criminalmente de un delito o falta¹⁴.

Lógicamente esta definición procesal carece, sin embargo, de sentido si se obvia por completo lo que se entiende por “persona criminalmente responsable de un delito o falta” desde el punto de vista del Derecho Penal. Y, desde la óptica del Derecho Penal, ello nos conduce a la definición del delito como acción típica, antijurídica, culpable y punible, constituyendo indudablemente el elemento fundamental de este concepto de delito, a los efectos del estudio de esta cuestión, el hecho de que se

¹⁴ En este sentido, véase entre otros, MUÑOZ ROJAS, T. “El imputado en el proceso penal”, Pamplona, 1958, págs. 46 y ss; SERRA DOMINGUEZ, M. “Voz Imputado”, Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XII, Barcelona, 1965, pág. 88; GIMENO SENDRA, V. “El auto de procesamiento”, en RGLJ, 1979, págs. 319 y 320; ASECIO MELLADO, J.M. “El imputado en el proceso penal español”, en AA.VV. “La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, págs.62 y 63; MUERZA ESPARZA, J. Voz Imputado, en Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Vol. II, Madrid, 1995, pág 3470.

configure como una *acción culpable*, ya que la culpabilidad únicamente podía ser predicable de la personas físicas.

Y, en este sentido, señalaba claramente el art. 31 del CP (en su redacción dada por la Reforma de 2003) que, en el caso de las personas jurídicas será *responsable criminal* el que *actúe “como administrador de hecho o de derecho ... o en nombre o representación legal o voluntaria de otro ...”*; lo que llevaba a concluir que sólo se podía atribuir, en calidad de imputado, la presunta comisión de un hecho delictivo perpetrado por una persona jurídica, al representante o representante físicos de la misma.

Y, en efecto, del contenido del art. 31 del CP se desprendía que la alusión a la persona jurídica y a su representante lo era exclusivamente en cuanto se refiere a la imposición de una pena en sentencia condenatoria, diferenciándose, al respecto, dos posibles situaciones:

1) Por un lado, que la sentencia condenara solo a una pena privativa de libertad que únicamente podría ser impuesta al representante de la persona jurídica y, en ningún caso, a esta última. Por lo que la persona jurídica solo podría, eventualmente, ser declarada responsable civil.

2) Y, por otro lado, que la sentencia condenara a una pena privativa de libertad y a una pena de multa, en cuyo caso la primera sería impuesta al representante, mientras que la segunda recaería simultáneamente sobre éste y la persona jurídica que respondería solidariamente con aquél.

Con la Reforma operada en 2003, se cuidaba mucho el legislador de omitir en el art. 31 del CP cualquier referencia a la consideración de la persona jurídica como *responsable del delito*, cualidad ésta que reservaba y atribuía exclusivamente a la persona física que ostenta la representación con la única limitación de que en ella concurrieran los requisitos previstos en este precepto. Por tanto, de lo dispuesto en este precepto se deducía que la persona jurídica podía resultar condenada en un proceso penal al cumplimiento solidario de una pena de multa, condena condicionada a la simultánea sanción del representante de la misma. Es decir, que la cualidad de *condenada* de la persona jurídica le era

transmitida como consecuencia de la condición de *condenado* que adquiriría su representante en tanto persona física.

Pero desde el punto de vista procesal, solo podía resultar condenado el sujeto o sujetos previamente imputados y, posteriormente, acusados. Así que, cuando de una persona jurídica se trataba, cabía cuestionarse cómo era posible que resultara condenada si previamente no había sido imputada.

Antes de la Reforma de 2010, en el apartado 2º del art. 31 del CP el legislador hacía uso de dos términos que, a nuestro juicio, no podían reputarse como equivalentes: “*si se impusiere en sentencia una pena de multa al **autor del delito***”, por un lado, y “***será responsable del pago de la misma** de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó*”, por el otro.

Por consiguiente únicamente podía ser considerado como autor del delito el representante de la persona jurídica reconociéndose así que sólo una persona física podía ser sometida a un proceso penal y ostentar, por ende, la cualidad de imputado, acusado y condenado. Pero cuando al representante condenado en sentencia se le impusiera una sanción pecuniaria (multa) se preveía que el pago de la misma fuera afrontado solidariamente por la persona jurídica a la que representaba.

¿Cómo era posible entonces que quien no hubiera sido considerado autor del delito (la persona jurídica) ni, por tanto, había adquirido previamente la condición de imputado, pudiera resultar condenado en la sentencia?, ¿Qué error cometía el legislador en la redacción del apartado 2º del art. 31 del CP?

Es evidente que el legislador quiso o pretendió solventar el obvio escollo de que la persona jurídica en ningún caso podría ser declarada autora de un delito en tanto en cuanto tendría que adquirir previamente la cualidad de imputado que solo puede ostentar una persona física, ya que solo a una persona física podría imponérsele una sanción penal. Pero el legislador se decantó por el hecho de que, tratándose de una sanción pecuniaria (una pena de multa) nada impediría que la persona jurídica afrontara el cumplimiento de la misma.

El mencionado planteamiento carecía, a nuestro juicio, de una base sólida desde el punto de vista jurídico penal y procesal. La construcción que contenía el art. 31 del CP carecía de sustento si se respondía a la pregunta de qué tipo de responsabilidad sancionan las penas de multa. En este sentido es indiscutible que una pena de multa sanciona la responsabilidad penal derivada del delito, es decir, al autor del delito. Y sí, el art. 31 del CP solo permitía castigar como autor del delito al representante de la persona jurídica únicamente él podía ser responsable criminal del mismo, y, por tanto, solo él podía ostentar en el proceso penal la cualidad de imputado y, en su caso, posteriormente condenado.

No obstante el art. 31 del Código penal permitía imponer una pena de multa a la persona jurídica de cuyo pago había de responder de forma directa y solidaria con la persona física que actuaba en su nombre o por su cuenta, de tal manera que el legislador acuñó un término cuando menos “novedoso” que es el del “responsable del pago”, responsable que únicamente hacía acto de presencia en la sentencia condenatoria y que se mantenía “ausente”, sin haber sido imputado previamente, durante la totalidad de la tramitación del proceso penal¹⁵.

Hubiera sido más correcto, desde el punto de vista tanto penal como procesal, que el legislador de 2003 atribuyera a la persona jurídica exclusivamente la cualidad de responsable civil

¹⁵ La “extraña” construcción era tan peculiar, desde el punto de vista del Derecho Penal y desde la óptica procesal, que, como señalan SILVA SÁNCHEZ Y ORTIZ DE URBINA GIMENO, “El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?, en *In Dret*. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, Abril 2006, nº 343, págs. 4 y 8. www.indret.com “(...) debería afirmarse que, en el caso previsto en el art. 31.2 CC, se trata de que i) la propia persona jurídica no ha sido juzgada por la comisión de hecho punible alguno; ii) la propia persona jurídica no ha sido condenada penalmente; iii) la multa no se le ha impuesto a la propia persona jurídica; pese a lo cual iv) la persona jurídica aparece obligada al pago (...)”. Y abundando en ello, “la condición de “responsable del pago” sugiere, de entrada, la figura de un “responsable civil” que, en lugar de serlo con respecto al importe del daño acusado por el delito, lo es por el importe de la sanción pecuniaria impuesta. De este modo (...) la multa, en sí, como sanción, sólo se le impone al autor/persona física (...)”.

cuando, por el contrario, fue más allá convirtiéndola en responsable penal al contemplar la posibilidad de que asumiera el cumplimiento de una pena de multa de forma solidaria con el representante, sanción ésta que posee naturaleza penal y solo puede ser impuesta al declarado en sentencia condenatoria como autor del delito, cualidad que solo puede concurrir en la persona física.

Por consiguiente, la pretendida previsión por parte del legislador, en el art. 31 del Código Penal, de la responsabilidad penal de la persona jurídica resultaba difícilmente conjugable con la legitimación de la misma para intervenir como imputado en el proceso penal. Hasta tal punto que MIR PUIG¹⁶ se pregunta “¿Cómo podría reprocharse a una pura creación jurídica un hecho que no puede haber decidido ni realizado ni evitado? La persona jurídica necesita de alguna persona física que actúe en su nombre”¹⁷.

Por tanto, si el propio legislador dejaba claro que únicamente la persona física podía ser objeto de imputación desde el punto de vista del Derecho Procesal, sólo y exclusivamente ella podía ser objeto de una sanción penal, y, por ende, sólo y exclusivamente ella debería hacer frente al pago de la multa impuesta. Otra cosa sería la posible responsabilidad civil derivada del delito, respecto de la cuál era posible dirigir conjuntamente las actuaciones contra la persona física y contra la persona jurídica, lo que permitía que, desde el inicio del proceso, ésta última fuera tenida como parte pasiva en el mismo en su calidad de responsable civil. Es por ello que la regulación de la pretendida responsabilidad de las personas jurídicas nacida de la Reforma del CP

¹⁶ MIR PUIG, S., op. cit., pág. 9

¹⁷ En este sentido la Circular de la FGE 2/2004, sobre aplicación de la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre afirmaba que “en todo caso debe partirse de que el Derecho y el proceso penal no puede conformarse con imputar la actividad a la persona jurídica, sino que ha de averiguar qué personas físicas concretas han llevado a cabo la actividad delictiva. En puridad, y a diferencia del Derecho Administrativo Sancionador, en el Derecho Penal sólo la persona física es capaz de conjugar el verbo típico y merecer el reproche sancionador. En definitiva, el art. 31 no puede obviar la necesidad de dirigir el proceso y, en su caso condenar a las concretas personas físicas que dentro de la persona jurídica hayan cometido el delito, actuando con dolo o en su caso con culpa (...)”.

de 2003 pasó por alto los evidentes y graves escollos procesales derivados del art. 31 del Código Penal¹⁸.

III.- PERSPECTIVA PROCESAL TRAS LA REFORMA DEL CP DE 2010 Y LA REFORMA DE Y LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL POR LA LEY 37/ 2011

Así las cosas, la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, y cuya entrada en vigor se produjo el 23 de diciembre de 2010, reforma en profundidad los artículos 31, 33 y 129 e introduce, de nuevo cuño, los arts. 31 bis y 66 bis. Su Preámbulo justifica un avance en esta materia, hasta el punto de afirmar que se ha logrado regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas bajo el manto de una pretendida trasposición de diferentes normativas de la Unión Europea, que, como señala DE LA CUESTA ARZAMENDI¹⁹ no exigen (salvo alguna puntual excep-

¹⁸ Un ejemplo de ello aún hoy en día encuentra expresa regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente en el apartado 3º del art. 764 inserto en el Título dedicado al *Procedimiento abreviado para determinados delitos* en el que expresamente se señala que “3. En los supuestos en que las responsabilidades civiles estén total o parcialmente cubiertas por un seguro obligatorio de responsabilidad civil se requerirá a la entidad aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros, en su caso, para que hasta el límite del seguro obligatorio, afiance aquéllas. Si la fianza exigida fuera superior al expresado límite, el responsable directo o subsidiario vendrá obligado a prestar fianza o aval por la diferencia, procediéndose en otro caso al embargo de sus bienes. **La entidad responsable del seguro obligatorio no podrá, en tal concepto, ser parte del proceso, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación de afianzar, a cuyo efecto se le admitirá el escrito que presentare, resolviéndose sobre su pretensión en la pieza correspondiente**”.

¹⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.op. cit., pág. 5.

ción²⁰) que esta responsabilidad tenga que ser, necesariamente, de naturaleza penal²¹.

Sin embargo la Reforma de 2010 operada en el CP no vino nuevamente acompañada de la correspondiente modificación de la LECrim que se produce bastante tiempo después a través de la Ley 37/2011, de 10 de Octubre, de medidas de agilización procesal, por lo que, como señala DOPICO GÓMEZ-ALLER²², “*incrustado* como un cuerpo extraño en el artículo 1 de la Ley de Medidas de Agilización Procesal ha sido aprobado al fin un magro estatuto procesal penal para la persona jurídica, en forma de enésimo remiendo a nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal”, dado que “el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha estado huérfano de regulación procesal desde el 23 de diciembre de 2010 (fecha de su entrada en vigor de la reforma del Código Penal) hasta que al final del mes de octubre de 2011 cobrara vigencia la Ley 37/2011”.

La mencionada Ley 37/2011, de 10 de Octubre, de medidas de agilización procesal, modifica algunos preceptos de la LECrim y añade otros con la pretensión de llenar el vacío existente en lo que al estatuto procesal de la persona jurídica en el proceso penal se refiere: concretamente los arts. 14 bis, 119, 120, 409 bis, 544 quáter, 544, 4, 746, 786 bis, 787, 8 y 839 bis. Preceptos éstos que contemplan a la persona jurídica en diferentes momentos procesales que van desde la imputación, acusación y

²⁰ Directiva 2009/52/CE sobre normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular

²¹ En el mismo sentido, también, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, op. cit., pág. 70; GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO/JUANES PECES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, La Ley, 7501, 3 noviembre 2010, pág. 1; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, La Ley, 7464, 9 septiembre 2010, pág. 2.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en Memento Experto. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010, coord. por Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, 2010, pág. 12

²² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”, en <http://resp-pj.blogspot.com.es/>. Publicado, también en La Ley 13/2/2012, n° 7796.

procesamiento, hasta la posibilidad de cursar requisitoria contra la misma, pero que, sobre todo, introducen una importante novedad: la creación de la figura del “representante procesal” de la persona jurídica que ni es un representante orgánico ni cabe identificarlo con los representantes procesales al uso: esto es, con el abogado y el procurador²³ y que permite *humanizar* a la persona jurídica a los efectos de su presencia física en el proceso²⁴.

Es obvio, por consiguiente, que tras la Reforma del CP y de la LECrim ya no cabe preguntarse si la persona jurídica puede o no resultar imputada en un proceso penal: tanto desde el punto de vista del Derecho Penal, como desde el punto de vista del Derecho Procesal se reconoce plenamente a la persona jurídica su idoneidad para ser castigada con una pena y, por tanto, para ser imputada, acusada y condenada en un proceso penal, por lo que, como señala ECHARRI CASI²⁵, “desde el momento en que se posibilita la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en el proceso penal, la extensión del concepto de imputado parece inevitable”.

Se superan, por tanto, las notas de la solidaridad en el pago de la multa a la que aludía el art. 31 del CP en su redacción de 2003 (suprimiéndose, aparentemente la figura del “responsable del pago”) y de accesoriadad de las consecuencias previstas en el art. 129 del CP (también en su redacción de 2003)²⁶, de tal manera que el apartado 7º del art. 33 del CP (introducido por la Reforma de 2010) ya prevé las penas específicamente aplicables

²³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, op.cit.

²⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F. “Proceso penal y persona jurídica”, Madrid, 2012, pág. 78, quien señala, al respecto, que “el legislador... ha querido que la persona jurídica tenga un “rostro visible” en el proceso penal, de modo que las autoridades de persecución penal – sobre todo el instructor y el tribunal enjuiciador – tengan un referente personal estable son el que relacionarse...”. De forma crítica se manifiesta DEL MORAL GARCÍA, “El estatuto jurídico procesal”, en “Los retos de la organización empresarial ante la nueva reforma del Código Penal”, Madrid, 2011, pags. 81 a 83.

²⁵ ECHARRI CASI, F.J. “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, en Diario La Ley, Nº 7632, Sección Doctrina, 18 May. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, pág. 16.

²⁶ ECHARRI CASI, F.J. “Las personas jurídicas y su imputación...”, op. cit., pág. 17.

a las personas jurídicas y zanja, así, la polémica derivada del contenido del mencionado art. 129.

En definitiva, y si como señala ZUÑIGA RODRÍGUEZ²⁷ desde el punto de vista del Derecho Penal la Reforma de 2010 trae como consecuencia la superación de “la etapa de *si* la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para adentrarnos en el *cómo* hacerlo”, otro tanto puede predicarse de la consideración de las mismas como imputadas en un proceso penal a raíz de la Reforma operada en la LECrim en 2011.

Pero partiendo de la base de la consideración de la persona jurídica como sujeto susceptible de ser acreedor de una sanción penal y, por consiguiente, de ostentar legitimación pasiva en un proceso penal, ese “cómo” se articula su condición de imputada en un proceso penal no deja, desde el punto de vista del derecho Procesal, de suscitar ciertas dudas.

La primera de ellas nace, desde nuestro punto de vista, de una posible lectura apresurada del contenido de los arts. 31 y 31 bis del CP en su vigente redacción, en relación con lo dispuesto en los arts. 119 y 120 de la LECrim en su redacción dada por la Reforma de 2011: ¿es posible que la persona jurídica resulte imputada en un proceso penal con independencia de la persona física?, ¿ha logrado el legislador, tras las reformas de 2010 y 2011 alcanzar la aspiración de regular una responsabilidad penal autónoma (o autorresponsabilidad) de la persona jurídica?

Es cierto que, interpretados conjuntamente los arts. 119 y 118 de la LECrim, al margen de lo dispuesto en los arts. 31²⁸ y 31 bis del CP, pudiera alcanzarse la conclusión de que la persona jurídica resultaría imputada con independencia de si se procede a

²⁷ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones”, en AA.VV. “El Anteproyecto.....”, pág. 1163.

²⁸ Art. 31 del CP: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

la imputación de las personas físicas a las que aluden estos últimos preceptos.

De la interpretación conjunta del contenido del art. 118 de la LECrim, a tenor del cuál “toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, y de lo dispuesto en el apartado 1º del art. 119 de la LECrim que establece que “cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la **imputación de una persona jurídica**”, se podría deducir que la persona jurídica, por sí misma, adquiere la condición de imputada en un proceso penal de forma autónoma no preordenada a la simultánea imputación de ninguna persona física.

Pero, como ya hemos señalado en líneas atrás, la interpretación de estos preceptos de la LECrim no podría llevarse a cabo de forma correcta sino es en relación con lo dispuesto en los arts. 31 y 31 bis del CP, lo que, desde nuestro punto de vista, nos llevaría a concluir que para que la persona jurídica adquiriera la cualidad de imputada es necesaria y precisa la imputación simultánea de la persona física.

Nuevamente la conclusión procesal tiene su fundamento en la regulación penal: basta con acudir a las expresiones contenidas en el art. 31 bis del CP que mantiene a lo largo de todos sus apartados y que distinguen, claramente, entre “responsabilidad penal” de la persona jurídica y “delito cometido” por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, o por aquellas personas físicas que han podido realizar los hechos (cometer el delito) por no haberse ejercido el debido control sobre ellas por parte de aquéllos.

En los mencionados preceptos se consagra, por consiguiente, tanto desde el punto de vista del Derecho Penal como desde la óptica procesal, un sistema de heterorresponsabilidad, prolongación, como señala DE LA CUESTA ARZAMENDI²⁹, “de lo

²⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. op. cit., pág. 14.

que en la línea “del sistema anglosajón del *alter ego*”, se viene calificando como “modelo de la transferencia o la atribución”, también llamado, entre otras, modelo de adhesión o de responsabilidad penal indirecta (“incluso derivada”), y que supone por tanto la imputación por “identificación” o por “representación” de la entidad con base en el hecho de otros, cuyos posibles excesos tratan de compensarse con la restricción del elenco de personas de referencia y la exigencia adicional de determinados requisitos materiales”³⁰.

Por consiguiente, la Reforma de 2010 y la de 2011 dibujan un sistema de responsabilidad de la persona jurídica que no es independiente de la de la persona física (ni desde el punto de vista del Derecho Penal ni desde el punto de vista del Derecho Procesal), aunque, como señala la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, “sí es autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la de la persona física” en lo que a la imposición de la sanción que finalmente recaiga en sentencia se refiere.

Las notas de la dependencia y de la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica cobran realidad procesal si se atiende a las distintas fases por las que atraviesa un proceso penal: la Fase de Instrucción o investigación y la Fase de Enjuiciamiento.

Desde nuestro punto de vista, la imputación de un hecho delictivo a una persona jurídica, que ha de producirse en la Fase de Instrucción, está informada por la nota de la dependencia, de tal manera que sólo es posible si, simultáneamente, se produce la imputación de la persona física.

Pero dado que posteriormente, y a la vista del resultado de las investigaciones practicadas, pueda llegarse a la conclusión

³⁰ En el mismo sentido, entre otros, ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, La Ley Penal, 77, 2010, pág.. 6.

de que no es posible formalizar la imputación contra la persona física (por no concurrir indicios racionales suficientes para ello), ¿sería, en este momento, aplicable la nota de la autonomía, en el sentido de que, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 3º del art. 31 bis del CP, como imputada, procesada y, posteriormente, acusada, permanecería en el proceso, exclusivamente, la persona jurídica que, finalmente, podría resultar condenada en la sentencia? Y, por otro lado, ¿quién o quienes han de actuar como imputados en un proceso penal cuando de hechos delictivos “cometidos por personas jurídicas” se trata?

Para responder a estas preguntas es necesario acudir a lo dispuesto en el CP y, más concretamente, interesa destacar el contenido del art. 31 bis que aspira a convertirse en la piedra angular en la que descansa la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que da respuesta a las preguntas que hemos formulado.

Dispone el art. 31 bis del CP lo siguiente:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respecti-

vas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando

se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

A la luz de lo dispuesto en este precepto caben, en respuesta a la segunda de las preguntas planteadas, los siguientes supuestos de imputación:

a) Los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas cuando el delito o delitos se cometen, obviamente por estos sujetos, en nombre, por cuenta o en provecho de las mismas (apdo. 1º, inciso 1º) y la propia persona jurídica.

Ello implica que, por un lado, quedarían excluidos aquellos supuestos en los que los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho actúan en su nombre o por su propia cuenta, y, por el otro, aquellos otros en que los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho actúan en nombre o por cuenta de la persona jurídica, pero en su propio provecho. Siendo necesario, desde el punto de vista del Derecho Procesal, constatar todas estas circunstancias a los efectos de dirigir la imputación contra los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica.

b) La concreta persona física responsable de la comisión del delito o delitos que se encuentra sometida a la autoridad y el control de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En este caso debe tratarse de delito o delitos cometidos en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas.

Pero, el inciso 2º del apartado 1º, añade a estas circunstancias que han de concurrir en la comisión del delito, que el mismo haya sido cometido por la concreta persona física como

consecuencia de omitir los representantes legales o los administradores de hecho o de derecho el debido control sobre ésta.

En este supuesto, la imputación debería dirigirse simultáneamente contra la persona física concreta responsable del hecho delictivo y contra los representantes legales o administradores de hecho o de derecho que han facilitado su comisión al no ejercer las funciones de control sobre la misma que les estuvieran encomendadas, además de contra la persona jurídica.

Avala esta interpretación, desde nuestro punto de vista, la redacción dada al apartado 2º del art. 31 bis, según el cual “La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”.

El contenido de este apartado carecería de sentido, desde el punto de vista del Derecho Procesal, de entenderse que no es necesario imputar simultáneamente a la persona física concreta responsable del hecho delictivo y a los representantes legales o administradores de hecho o de derecho, ya que, por el contrario, entendemos que el mismo hace referencia a aquellos supuestos en que, debiendo haberse cometido el delito materialmente por persona física concreta (el operario que abre la válvula y causa el vertido) no se pueda determinar individualizadamente la misma, o siendo identificada o concretada no existan indicios racionales de criminalidad para proceder a su imputación, es decir, no se pueda “dirigir el procedimiento contra ella”³¹.

³¹ En este sentido señala ECHARRI CASI, “Las personas jurídicas y su imputación...”, *op. cit.*, pág., sostiene que “En definitiva, el art. 31 bis 1 párrafo 2, se refiere a la actuación delictiva de personas físicas, sometidas a la autoridad de quienes sustenten poder de dirección, ya en términos de representación, ya en términos de poder societario, y que han podido perpetrar el delito por no haberse ejercido el debido control sobre ellos en una situación concreta relacionada con la actividad delictiva, inclusive, debería examinarse la concurrencia o no de un defecto de organización, criterio éste esencial de fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que sin embargo ha sido preterido por el legislador”.

Por consiguiente, para garantizar la supervivencia del proceso y una eventual condena a la persona jurídica resultaría preciso que los representantes o administradores de la misma permanecieran en él en calidad de imputados.

Como fundamento de esta opinión cabe, además, hacer alusión, por un lado, a lo dispuesto en el propio apartado 2º del art. 31 bis, y por el otro, a lo establecido en el art. 33, 7, a).

Interpretados conjuntamente ambos preceptos entendemos que, en lo que a la imposición de la pena de multa se refiere, tanto uno como el otro parten de la premisa de que la sanción pecuniaria se imponga tanto a la persona física concreta como a la persona jurídica que, obviamente sólo interviene en el proceso como imputada en tanto resulten imputados sus representantes legales o administradores.

De ahí que el apartado 2º del art. 31 bis contenga la expresión “*Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa (...)*”, ya que, es necesario tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el art. 33, 7 a) la pena de multa que recaiga sobre la persona jurídica sólo puede serlo “por cuotas o proporcional” y nunca en su totalidad.

Otros indicios apuntan a esta conclusión y pueden ser extractados del contenido de algunos preceptos del Código Penal: el encabezamiento del apartado 1º del art. 31 bis que prevé la sanción a las personas jurídicas sólo “en los supuestos previstos en este Código”, nos conduce directamente a los tipos penales sancionados en la parte especial del Código Penal como es el caso de los delitos contra el medioambiente con respecto a los cuáles es de destacar las disposiciones contenidas en los arts. 327 y 328, 6 en los que se dispone lo siguiente:

Establece el art. 327 del CP que “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años.

b) Multa de uno a tres años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Por su parte, el art. 328, 6 del CP señala, casi con idéntica redacción, que “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este artículo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

De la redacción de ambos preceptos se deduce, claramente, que la pena de multa a imponer a la persona jurídica está claramente condicionada a la previa sanción pecuniaria de la persona física

Cabe mencionar, en otro orden de cosas, que lo hasta ahora manifestado se ha de entender exclusivamente referido a las personas jurídicas que gozan de personalidad jurídica, pero que, por el contrario, no resulta aplicable a los llamados entes sin personalidad jurídica a los que sí alude el art. 129 del CP (que continúa regulando las denominadas consecuencias accesorias).

Profundamente modificado por la L.O. 5/2010, el apartado 1º del art. 129 del CP, a diferencia de lo que preveía en su redacción anterior, establece ahora que *“1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motiva-*

damente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”.

A esto se une que, como ya señalamos anteriormente, las aquí consideradas consecuencias accesorias son aplicables sólo a las entidades no comprendidas en el art. 31 bis del CP, y por consiguiente, las penas contempladas en el art. 33,7 del CP, sólo pueden imponerse como consecuencias accesorias y nunca como penas cuando concurre en la empresa, entidad, organización o ente, la cualidad de carecer de personalidad jurídica.

Como consecuencia de ello se cuida mucho, en este caso, el legislador de afirmar que tales sujetos mencionados en el art. 129, 1 sean penalmente responsables de delitos y faltas, y deja claro que la sanción se impone a la persona física que comete el delito o falta en el seno, a través, con la colaboración o por medio de ellos.

Por otro lado, si los representantes de estas entidades resultaran condenados y hubiera sido pedida por alguna o todas las partes acusadoras la imposición de alguna de las consecuencias accesorias que prevé el art. 129 del CP, el órgano judicial no está obligado a imponerlas puesto que el citado precepto contiene la expresión “*podrá imponer*” y no la de “*deberá imponer*”, razón por la cual queda a su criterio dicha imposición que deberá, en todo caso, motivar, no sólo porque se lo imponga el art. 129 del CP sino porque así lo exige también el art. 120 de la CE.

IV.- A MODO DE CONCLUSIÓN.

La problemática procesal que genera la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y, más concretamente, la cuestión de su posible legitimación para intervenir en el proceso penal en calidad de imputado, nace del criticable y legendario defecto del legislador de pasar por alto en no pocas ocasiones un hecho incuestionable que no se escapa a penalistas y procesalistas: el proceso penal y el derecho penal deben enca-

jar a la perfección. Esto es algo que, evidentemente, no ocurre en esta materia concreta que hemos sometido a análisis.

El divorcio entre ambas materias es aún más evidente si acudimos a la práctica forense, ya que no deja de sorprender la escasa aplicación práctica de los arts. 31 y 129 en su redacción anterior a la reforma de 2010, como ya ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ³² quien señaló que “lo cierto es que, si dejamos de lado el ámbito de la legislación contra el terrorismo y la criminalidad organizada, el balance de estos diez años de aplicación judicial de “consecuencias accesorias” es bastante elocuente: (...) la disolución de la sociedad, asociación o fundación no se ha acordado nunca; la intervención de la empresa, solo en una ocasión. La consecuencia accesoria aplicada de modo general ha sido la clausura temporal de establecimientos. Pero la expresión “de modo general” significa aquí en “unas pocas resoluciones”. El Tribunal Supremo no ha dictado ninguna sentencia en la que haya sentado doctrina extensa sobre el art. 129 CP.”

No obstante, ha de ponerse de manifiesto que, a pesar de la deficiente técnica legislativa, se ha tratado en la medida de lo posible de paliar las graves consecuencias que la ausencia de imputación de la persona jurídica comportaba para la persecución de delitos tan graves como los delitos contra el medioambiente, regulando, tanto desde el punto de vista penal como procesal una suerte de estatuto (aunque deficiente y pleno de lagunas) que permite su imputación, acusación y, finalmente, condena.

En la actualidad se encuentra en fase de tramitación el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal a través del cuál se pretende una nueva modificación de los artículos 31 y 31 bis del CP dando, aparentemente, cabida a las numerosas objeciones que la doctrina, tanto penalista como procesalista, ha formulado a estos preceptos desde la entrada en vigor de la Reforma del CP de 2010.

³² SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, en *In Pret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Abril de 2006, nº 342, pág. 4. www.indret.com.

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E AS MEDIDAS PREVENTIVAS DE PROTEÇÃO NO BRASIL

Gilberto Stürmer¹

I-INTRODUÇÃO

Inicialmente registra-se o agradecimento para participar de tão importante obra internacional – “MEDIO AMBIENTE Y JUSTICIA” – a convite do Professor Doutor Alvaro Sanchez Bravo, da Universidade de Sevilla, bem como à “Asociación Andaluza de Derecho, Médio Ambiente y Desarrollo Sostenible”.

É uma grande satisfação contribuir para esta obra de alta relevância social, apresentado tema que envolve questão específica do meio ambiente, qual seja, o meio ambiente do trabalho.

No presente texto, analisar-se-ão as normas atuais que regulamentam as medidas preventivas de proteção ao trabalho. Tratam-se de normas de ordem pública, que aderem ao contrato individual de trabalho, que visam a proteção do trabalhador en-

¹ Advogado e Parecerista; Professor de Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS – Brasil; Pesquisador Coordenador do Grupo de Pesquisas Estado, Processo e Sindicalismo, Professor de Direito do Trabalho na PUCRS (Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado) Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS; Mestre em Direito pela PUCRS, Doutor em Direito do Trabalho pela UFSC, Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de Sevilla (Espanha).

quanto no desempenho de suas atividades, no sentido de se prevenir quaisquer acidentes e doenças profissionais que possam acometê-lo. Nas palavras de Arnaldo Süssekind²:

A medicina ou higiene do trabalho e a segurança do trabalho têm por finalidade prevenir, respectivamente, as doenças profissionais e os acidentes de trabalho, eliminando, neutralizando, se possível, ou reduzindo, quando for o caso, os riscos e as agressões a quês estão sujeitos os trabalhadores.

Trata-se de matéria das mais importantes, já que envolvem um bem de valor inestimável, que é a vida. Por esse motivo, é obrigação da empresa fornecer um ambiente saudável e, acima de tudo, seguro a seus empregados.

O direito à higiene e à segurança do trabalho é direito constitucionalmente previsto, que deve, pois, ser observado pelas empresas. Obviamente, essa questão está longe de ser simples e plenamente observada por todas as empresas, como de fato deveria ser. Isso porque o cumprimento das normas que regulamentam a questão da higiene e segurança do trabalho dependem de constante e rígida fiscalização por parte do órgão competente.

Optou-se por dividir o estudo de acordo com cada fonte, para uma melhor visualização e compreensão, dando uma ênfase especial às normas regulamentares do Ministério do Trabalho e Emprego, que tratam o tema de forma específica.

² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 488.

II- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil aborda no seu Título VIII, que trata da Ordem Social, a Seção II, que trata da saúde.

O artigo 200, refere que, ao sistema único de saúde, compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, **colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (inciso VIII – grifado)**.

Por outro lado, o artigo 7^a da Constituição Federal, no seu inciso XXII, estabelece que a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança é direito dos trabalhadores urbanos e rurais. É direito, ainda, o seguro contra acidente de trabalho (SAT), conforme inciso XXVIII, conforme se vê abaixo:

Artigo 7.º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador (SAT), sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Verifica-se, pois, que a proteção do trabalhador e de seu ambiente de trabalho é direito constitucional, inviolável, portanto, pelo empregador. Não poderia ser diferente, pois o bem maior a ser tutelado em uma relação de emprego é a saúde e o bem-estar do trabalhador. Lembrem Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante³:

A saúde e a incolumidade física do trabalho são fatores integrantes do próprio direito à vida. A vida humana possuiu um

³ NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho – Tomo II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1012.

valor inestimável e deve ser protegida através de todos os meios. A medicina e segurança do trabalho é uma matéria de grande valia, como instrumental técnico-jurídico, a valorizar e dignificar a vida humana, além do patrimônio jurídico do trabalhador, o qual é representado pela sua força de trabalho.

Conforme analisar-se-á posteriormente, o acidente de trabalho possui desdobramentos previdenciários. Entretanto, como o próprio inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal expõe, o acidente também traz consigo a responsabilidade civil do empregador, dependendo do caso. Nesse mesmo sentido Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante⁴:

A responsabilidade, ou seja, a obrigação de reparar o acidente de trabalho e demais situações equiparadas devem ser valorizadas, como forma de se evitar a ocorrência de milhares e milhares de acidentes que ocorrem em nosso país. A responsabilidade não possui somente desdobramento na área previdenciária – INSS. Deve também, em nosso entendimento, incidir em outros campos, tais como a responsabilidade criminal e civil.

Sem adentrar na discussão travada atualmente sobre a responsabilidade do empregador nos casos de acidente de trabalho, entende-se que a Constituição Federal deve ser interpretada sem relativizações, ou seja, disse-se que a responsabilidade civil acompanha o acidente dependendo do caso, pois a indenização somente é devida quando o empregador agir com dolo ou culpa, excluindo-se, portanto, os casos fortuitos e os de culpa exclusiva do trabalhador.

⁴ NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho – Tomo II**. p. 1012.

III- CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

O artigo 168 da CLT traz a obrigatoriedade do exame médico, por conta do empregador. O exame médico deve ser realizado na admissão, na dispensa e periodicamente durante o curso do contrato de trabalho. O artigo 169, por sua vez, traz a obrigatoriedade da notificação das doenças profissionais ou acidentes de trabalho, o que é feito através da CAT. Verifica-se a transcrição desses artigos abaixo:

Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho;

I - a admissão; (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

II - na demissão; (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

III - periodicamente. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 1º - O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames: (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

a) por ocasião da demissão; (Incluída pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

b) complementares. (Incluída pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 2º - Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 3º - O Ministério do Trabalho estabelecerá, de acordo com o risco da atividade e o tempo de exposição, a periodicidade dos exames médicos. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 4º - O empregador manterá, no estabelecimento, o material necessário à prestação de primeiros socorros médicos, de

acordo com o risco da atividade. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 5º - O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989).

Art. 169 - Será obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Infelizmente, o exame médico, que refere o artigo 168 da CLT, na maioria das vezes não reflete a realidade, já que feitos mediante “entrevistas”, sem ter sido efetivamente realizado um exame detalhado que possa indicar a existência tanto de doenças anteriores ao contrato (através do exame admissional), como no decorrer do contrato (através dos exames periódicos ou do exame demissional, quando da extinção do pacto), o que pode vir a prejudicar o trabalhador principalmente nas hipóteses de doenças adquiridas no decorrer do contrato de trabalho. Por sua vez, o artigo 169 cumpre com a sua função: impedir que o empregador esconda ou omita a ocorrência de um acidente do trabalho, por exemplo.

IV-MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO

O Ministério do Trabalho e Emprego regulamenta a questão da segurança e saúde do trabalhador principalmente em duas importantes normas: na NR 07, que trata do programa de controle médico de saúde ocupacional (chamado PCMSO) e na NR 09, que trata do programa de prevenção de riscos ambientais (chamado PPRA). Analisar-se-á, a seguir, cada uma delas:

IV.I N.R. n.º 07 – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional

Partindo-se do entendimento Constitucional, nada mais lógico que as prerrogativas constantes no artigo 7.º sejam garantidas por diversos mecanismos legais. Isso porque ao promover a redução de riscos no ambiente de trabalho e no trabalho em si, tanto o Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Previdência Social e Poder Legislativo pelos dispositivos da CLT, objetivam diretamente a proteção à vida e a integridade física de todo e qualquer trabalhador.

Nesse espectro de normas acerca da redução dos riscos no trabalho, cumpre destacar a existência e relevância da Norma Regulamentar n.º 7 redigida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, de onde se extrai o “Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO”, o qual será abordado no presente estudo em suas diretrizes, a quem compete sua implantação, estrutura e desenvolvimento.

A referida Norma Regulamentar determinou a obrigatoriedade de elaboração e implementação por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, com o objetivo de promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores.

Nesse sentido, o PCMSO é parte integrante de uma série de iniciativas com caráter preventivo a serem implementadas pela empresa no campo da saúde dos trabalhadores, onde a interação com as outras Normas regulamentares contribui para sua efetividade.

Para que haja efetividade neste Programa é necessário que em sua elaboração e execução, a empresa enfatize questões incidentes sobre o indivíduo e a coletividade de trabalhadores, privilegiando o instrumental clínico-epidemiológico na abordagem da relação entre sua saúde e o trabalho, possibilitando assim prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde

relacionados ao trabalho, inclusive de natureza subclínica, além da constatação da existência de casos de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores.

Ultrapassado o fato de ser de responsabilidade do empregador a elaboração e execução do PCMSO, lhe compete ainda uma série de atribuições⁵ que objetivam a eficácia do programa, onde, por exemplo, cabe ao empregador custear sem ônus para o empregado todos os procedimentos relacionados ao PCMSO.

Acerca das responsabilidades, a Norma Regulamentar n.º 07 é criteriosa quanto à verificação de riscos e obrigatoriedade de indicação de médico coordenador para a execução do PCMSO, já que equaciona número de empregados e o grau de risco da atividade para exigir ou desobrigar a indicação do profissional, pois quanto maior o risco, exigências físicas e psíquicas das atividades desenvolvidas, e das características biopsicofisiológicas mais complexo será o programa.

Nesse sentido, por determinação do Delegado Regional do Trabalho, com base no parecer técnico conclusivo da autoridade regional competente em matéria de segurança e saúde do trabalhador, ou em decorrência de negociação coletiva, empresas que não estavam obrigadas à indicação de médico coordenador, po-

⁵ Norma Regulamentar n.º 07:

(...)

7.3 DAS RESPONSABILIDADES

7.3.1 Compete ao empregador:

a) garantir a elaboração e efetiva implementação do PCMSO, bem como zelar pela sua eficácia;

b) custear sem ônus para o empregado todos os procedimentos relacionados ao PCMSO;

(Alterada pela Portaria n.º 8, de 05 de maio de 1996)

c) indicar, dentre os médicos dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho –

SESMT, da empresa, um coordenador responsável pela execução do PCMSO;

d) no caso de a empresa estar desobrigada de manter médico do trabalho, de acordo com a NR 4, deverá o empregador indicar médico do trabalho, empregado ou não da empresa, para coordenar o PCMSO;

e) inexistindo médico do trabalho na localidade, o empregador poderá contratar médico de outra especialidade para coordenar o PCMSO.

derão ter a obrigatoriedade de indicação, quando suas condições representarem potencial de risco grave aos trabalhadores.

Por outro lado, refere que em razão de negociação coletiva assistida por profissional do órgão regional competente em segurança e saúde no trabalho, empresas obrigadas a indicar de médico coordenador pelo número de empregados e grau de risco, poderão ficar isentas de tal incumbência.

Note-se então que, na tentativa de prevenir os riscos no trabalho, a figura do médico coordenador assume grande importância na estrutura e execução deste Programa, uma vez que a Norma regulamentar abordada não mede esforços para, mediante acompanhamento profissional, promover a segurança e integridade dos trabalhadores.

Nesse sentido, ao médico coordenador cabe, entre outros, realizar os exames médicos admissional, periódico, de retorno ao trabalho, de mudança de função e o demissional, complementares ou encarregar os mesmos a profissional médico familiarizado com os princípios da patologia ocupacional e suas causas, bem como com o ambiente, as condições de trabalho e os riscos a que está ou será exposto cada trabalhador da empresa a ser examinado, sempre respeitando a periodicidade da avaliação clínica exigida para cada exame.

Sendo constatada a ocorrência ou agravamento de doenças profissionais, através de exames médicos, caberá ao médico-coordenador ou encarregado, solicitar à empresa a emissão da Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT; indicar, quando necessário, o afastamento do trabalhador da exposição ao risco, ou do trabalho; encaminhar o trabalhador à Previdência Social para estabelecimento de nexos causal, avaliação de incapacidade e definição da conduta previdenciária em relação ao trabalho;

Quanto ao registro dos exames, os dados obtidos nos exames médicos, incluindo avaliação clínica e exames complementares, as conclusões e as medidas aplicadas deverão ser registrados em prontuário clínico individual, que ficará sob a responsabilidade do médico-coordenador do PCMSO.

Importante dizer que para cada exame⁶ realizado, o médico emitirá “Atestado de Saúde Ocupacional” em duas vias, pois uma via será entregue ao trabalhador e a outra será arquivada junto ao local de trabalho e, por conseguinte ficará disponível à fiscalização do trabalho.

Mais uma vez, se concluí pela importância do PCMSO, pois até para registrar e declarar o estado de saúde do trabalhador, a presente Norma regulamentar dispõe com precisão requisitos para a confecção do Atestado de Saúde Ocupacional, explicitando assim a melhor técnica para a eficácia do programa.

Em termos de eficácia, o PCMSO deverá obedecer a um planejamento em que estejam previstas as ações de saúde a serem executadas durante o ano, devendo estas ser objeto de relatório anual, onde o mesmo deverá discriminar, por setores da empresa, o número e a natureza dos exames médicos, incluindo avaliações clínicas e exames complementares, estatísticas de resultados considerados anormais, assim como o planejamento para o próximo ano.

O relatório anual deverá ser apresentado e discutido na CIPA, quando existente na empresa, de acordo com a Norma Regulamentar n.º 5, sendo sua cópia anexada ao livro de atas daquela comissão, sempre armazenado de forma a proporcionar o imediato acesso por parte do agente da inspeção do trabalho.

Ocorre que, a eficácia mencionada reside apenas na teoria, pois de nada adianta o rigorismo e amplitude da norma se os mecanismos de fiscalização são precários, o que contribui diretamente para o descumprimento de seus dispositivos pelas empresas e demais instituições obrigadas à elaborar e implementar o PCMSO.

Assim, por mais que a Norma Regulamentar n.º 07, estabeleça estrutura precisa e criteriosa para a elaboração e implementação do PCMSO, visando a saúde e integridade dos trabalhadores através da melhor, carece de efetividade, uma vez que a fisca-

⁶ Exame admissional, periódico, de retorno ao trabalho, de mudança de função e demissional.

lização é ínfima diante da gama de empresas existentes, o que abre espaço para inobservâncias dos dispositivos legais, bem como total descumprimento da norma.

IV.II N.R. n.º 09 – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais

Esta norma regulamentar trata do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, que visa a preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores.

O PPRA, como o nome diz, é um programa, que envolve várias etapas, que são permanentes. O PPRA não é um simples documento, é o programa como um todo. De nada adianta a empresa possuir o registro escrito do PPRA e não apresentar um acompanhamento permanente do ambiente de trabalho.

Em uma empresa nova, o PPRA é realizado antes do PCMSO, já que ele serve de subsídio para esse outro programa. Ambos os programas fazem parte de um conjunto mais amplo das iniciativas de uma empresa no sentido de proteger a saúde e a integridade de seus trabalhadores, como já dito na introdução deste capítulo.

Na teoria, toda a empresa deve possuir o PPRA, independentemente do número de empregados e do grau de risco. Na prática, empresas que não possuem riscos elevados não costumam ter o PPRA, já que a fiscalização costuma focar as empresas com maior grau de risco.

O PPRA analisa os riscos ambientais do ambiente laboral. São eles: físicos (ruído, vibração, pressão anormal, temperatura extrema, radiações ionizantes ou não, infrassom e ultrassom), químicos (poeira, fumo, névoa, gases ou vapores) e biológicos (bactérias, fungos, bacilos, parasitas, protozoários, vírus, entre outros). São todos riscos que podem, de uma forma ou de outra, causar algum dano ao organismo do trabalhador.

O PPRA é elaborado, a princípio, pelo SEESMT, devendo a CIPA participar para a discussão de idéias. Caso a empresa não possua SEESMT, deve ser contratado um profissional (ou empresa profissional) que desenvolva o programa.

O PPRA conta, no mínimo, com quatro pontos estruturais, que são os seguintes: planejamento anual com estabelecimento de metas, prioridades e cronograma, estratégia e metodologia da ação, forma do registro, manutenção e divulgação dos dados e periodicidade e forma de avaliação do desenvolvimento do programa. No mínimo uma vez por ano deve ser feito uma análise global para avaliar o programa e, se for o caso, efetuar os ajustes necessários.

O PPRA é dividido em seis etapas: a primeira delas consiste na antecipação e reconhecimento dos riscos; a segunda, no estabelecimento de prioridades e metas de avaliação e controle; a terceira etapa consiste na avaliação dos riscos e da exposição dos trabalhadores; a quarta, na implantação de medidas de controle e avaliação de sua eficácia; a quinta consiste no monitoramento da exposição aos riscos e a sexta, por sua vez, no registro e divulgação dos dados (que nada mais é do que manter o registro escrito atualizado do programa, à disposição dos empregados interessados e do Ministério do Trabalho, além de divulgá-lo aos seus empregados).

Caso nenhum risco seja observado na empresa, o PPRA se resumirá à etapa de antecipação e reconhecimento dos riscos, onde será apurada a sua inexistência, e ao registro e divulgação desse dado.

Caso riscos sejam reconhecidos, a empresa deve adotar medidas para a eliminação, minimização ou o controle desses riscos ambientais. Preferencialmente, a empresa deve adotar medidas de segurança coletivas, que visam a segurança de todos os trabalhadores do estabelecimento ou de certo setor. Na impossibilidade, deve a empresa adotar medidas de caráter administrativo e de caráter pessoal, como será visto adiante.

Para a implementação das medidas de segurança coletiva, a empresa deve seguir a seguinte hierarquia: preferencialmente,

deve adotar medidas que eliminam ou reduzam a utilização ou a formação de agentes prejudiciais à saúde; na sua impossibilidade, deve adotar medidas que previnam a liberação ou disseminação desses agentes no ambiente de trabalho; sendo impossível a adoção da primeira e da segunda hipóteses, trabalha-se com a adoção de medidas que reduzam os níveis ou a concentração desses agentes no ambiente de trabalho.

A implementação dessas medidas coletivas, que se tratam de mudanças estruturais na empresa (daí o termo “coletivas”), deverão ser acompanhadas de treinamento dos trabalhadores quanto aos procedimentos que assegurem a eficácia e eventuais limitações de proteção que ofereçam.

Como já mencionado, quando há inviabilidade técnica da adoção de medidas coletivas de proteção, deverão ser adotadas as seguintes medidas, de forma hierárquica: primeiramente, medidas de caráter administrativo ou de organização do trabalho; além dessa, persistindo o risco ao trabalhador, deve a empresa fornecer aos empregados em situação de risco Equipamentos de Proteção Individual (chamados EPI's), que visam, como o próprio nome já diz, a proteção individual do trabalhador a cada tipo de risco existente, conforme sua finalidade (como, por exemplo, luvas, botas, protetores auriculares, protetores respiratórios, entre outros).

Além do próprio fornecimento desses equipamentos, a empresa é obrigada a exigir o seu uso e treinar os seus empregados para a sua utilização. Afinal, de nada adianta um equipamento de proteção se ele não é bem utilizado. Conforme lição de Francisco Antonio de Oliveira⁷:

E não basta que ofereça meios próprios de proteção (equipamento de proteção individual). É necessário que exija o uso e cumprimento das normas de segurança, podendo para tanto usar do seu poder de comando, admoestando, advertindo, sus-

⁷ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 272.

pendendo e poderá mesmo punir com a dispensa o empregado recalcitrante (art. 158, parágrafo único, CLT).

Com relação à responsabilidade que envolve o programa, cabe ao empregador estabelecer, implementar e assegurar o cumprimento permanente do PPRA. Aos empregados, colaborar e participar na implantação e execução do programa, seguir as orientações recebidas nos treinamentos oferecidos dentro do programa e informar ao seu superior hierárquico direto ocorrências que, a seu julgamento, possam implicar riscos à saúde dos trabalhadores. No caso de grave e iminente risco, o empregador deve garantir que os empregados possam interromper de imediato as suas atividades.

Assim como o PCMSO, visto no tópico anterior, diversas empresas não cumprem com a exigência de possuir tais estudos ou, no caso de possuí-los, pecam no seu cumprimento. Isso porque a fiscalização é precária, diante da baixa quantidade de fiscais para tantas empresas constituídas. Francisco Antonio de Oliveira⁸ ressalta esse fato, como se verifica abaixo:

Lamentavelmente, em matéria de higiene e segurança do trabalho os nossos dirigentes nunca se mostraram diligentes, vez que, embora existam normas eficientes, a fiscalização sempre foi deficiente, daí resultando a ineficiência e neutralização das normas. São as famosas normas legais que “não pegaram”.

O Ministério do Trabalho e do Emprego redigiu, portanto, normas competentes e eficientes, mas que dependem de fiscalização, que ainda é precária no Brasil.

⁸ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. p. 273.

V- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A convenção 161 da OIT é a que mais trata, embora que de modo geral, sobre a saúde e segurança dos trabalhadores. Abaixo, citam-se todas as convenções dessa organização que tratam sobre a segurança do trabalhador, todas ratificadas pelo Brasil:

C115: Radiation Protection Convention, 1960 (05.09.1966)

C120: Hygiene (Commerce and Offices) Convention, 1964 (24.03.1969)

C139: Occupational Cancer Convention, 1974 (27.06.1990)

C148: Working Environment (Air Pollution, Noise and Vibration) Convention, 1977 (14.01.1982)

C155: Occupational Safety and Health Convention, 1981 (18.05.1992)

C161: Occupational Health Services Convention, 1985 (18.05.1990)

C162: Asbestos Convention, 1986 (18.05.1990)

C167: Safety and Health in Construction Convention, 1988 (19.05.2006)

C170: Chemicals Convention, 1990 (23.12.1996)

C174: Prevention of Major Industrial Accidents Convention, 1993 (02.08.2001)

C176: Safety and Health in Mines Convention, 1995 (18.05.2006)

Entende-se desnecessário adentrar no mérito de cada uma dessas convenções, já que, em linhas gerais, a idéia de proteção constante em cada convenção foi incorporada por uma ou mais NR's, como, por exemplo, a NR 9, que engloba integralmente a 161, além de englobar tópicos de outras convenções (como as de números 115 e 148, a título exemplificativo).

VI- PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Lei n.º 8.213/91 trata, além de outros assuntos, sobre acidente de trabalho e estabilidade, assuntos ligados diretamente ao escopo do presente estudo, já que, diante da inexistência de medidas protetivas, a chance de ocorrer um acidente do trabalho é enorme. Não se pode deixar de ter em mente que, em se tratando de medidas preventivas de proteção ao trabalho, a responsabilidade por sua adoção é exclusivamente da empresa (tal como consta no parágrafo 1º do artigo 19 da Lei n.º 8.213/91), que certamente poderá e será punida na inobservância de quaisquer dos requisitos acima estudadas (conforme parágrafo 2º do artigo e Lei antes citados).

Acidente de trabalho é aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados não-empregados, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Tal qualificação consta no artigo 19 da Lei n.º 8.213/91, citada no início do capítulo.

Não é somente o acidente propriamente dito que será considerado para fins dessa Lei. Algumas doenças também são consideradas como acidente do trabalho. De acordo com o artigo 20 da Lei n.º 8.213/91, também são consideradas a doença profissional, ou seja, aquela desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e a doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente. O artigo menciona que as atividades e doenças que se enquadrariam nesses casos deveriam constar de uma relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Entretanto, essa não é uma obrigação, já que o parágrafo 2º desse mesmo artigo traz a exceção de que, caso comprovado que uma doença que acomete um trabalhador tenha derivado do seu trabalho, ela será considerada acidente de trabalho mesmo que não conste na tabela do Ministério do Trabalho. Essa averi-

guação deverá ser feita através de um médico especialista, que analisará a doença e as condições de trabalho do obreiro.

O artigo 21 da Lei n.º 8.213/91 traz ainda mais um caso equiparado: o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação também será considerado acidente de trabalho.

O parágrafo 1º do já citado artigo 20 traz um rol taxativo de doenças que não serão consideradas como acidente de trabalho. São elas as doenças degenerativas, as inerentes a grupos etários, as que não produzam incapacidade laborativa e a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

O empregado que sofreu acidente de trabalho possui a garantia da manutenção do seu contrato de trabalho na empresa por, no mínimo, doze meses aos a cessação do auxílio-doença acidentário, mesmo que não tenha havido a percepção de auxílio-acidente. É exigência para essa estabilidade, entretanto, além do auxílio-doença acidentário, a necessidade do afastamento do trabalho superior a quinze dias (que na verdade já é um pressuposto para a concessão do auxílio), com a exceção dos casos onde, após a despedida, seja constatada doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. Nesses, por óbvio, não haverá esses pressupostos. Tais disposições estão previstas no artigo 118 da Lei nº 8.213/1991, que possui aplicação garantida pela Súmula 378 do TST.

VII-CONCLUSÃO

Pelo estudo feito é de se entender que não é tema atual a preocupação com a integridade física do trabalhador já que, na Constituição Federal de 1988 se vislumbra a necessidade de re-

dução de riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Da mesma forma, é de se constatar que tal preocupação tem ocupado grande espaço na atuação legislativa, haja vista extenso rol de normas que visam à efetiva proteção de todo e qualquer trabalhador no curso de seu contrato de trabalho.

A referida proteção do trabalhador e redução dos riscos no trabalho pode ser percebida pela Norma Regulamentar n.º 07 e n.º 09, onde o Ministério do Trabalho e Emprego dispõe sobre a obrigatoriedade de elaboração e implementação dos Programas de Controle Médico de Saúde Ocupacional e de Prevenção de Riscos Ambientais.

Nesse sentido, tais normas assumem expressiva importância na efetiva garantia dos direitos constitucionais direcionados ao trabalhador, já que discriminam de forma pormenorizada a estrutura e planejamento de cada programa, onde cabe exclusivamente ao empregador todos os esforços para a sua elaboração e implementação.

Igualmente importante é a regulamentação oriunda da CLT, Convenções da OIT e legislação Previdenciária, já que atuam em conjunto para a otimização das condições do ambiente de trabalho bem como da própria atividade laborativa.

Em contrapartida, é de se concluir que mesmo diante deste extenso rol de normas preocupadas com a integridade física do trabalhador e redução de riscos no trabalho não se verifica efetividade em seu cumprimento, pois diante da precariedade da fiscalização por falta de técnica e profissionais habilitados, algumas empresas obrigadas aos dispositivos legais constantes nas Normas Regulamentares, por exemplo, ficam a vontade para proceder de forma que prejudique o trabalhador pela total afronta à lei, beneficiando assim seu ramo lucrativo.

VIII-REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CESARINO JUNIOR. Antônio. *Direito Social*. São Paulo: LTr, 1980.

CUEVA, Mario de La. *Panorama do Direito do Trabalho*. (trad. Carlos Alberto Chiarelli). Porto Alegre: Sulina, 1965.

LAIMER, Adriano Guedes. *O Novo Papel dos Sindicatos*. São Paulo: LTr, 2003.

LEBRE, Eduardo Antonio Temponi. *Direito Coletivo do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho – Volume III*. São Paulo: LTr, 1984.

MARANHÃO, Délio e CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 17 edição, 1998.

MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 4ª edição, 1986.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2ª edição, 2000.

NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho – Tomo II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Sobre a OIT*. Disponível em: <http://www.oit.org>.

ROCHA, Julio Cesar de Sá. *DIREITO AMBIENTAL DO TRABALHO*. São Paulo: LTr.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho – Temas em Aberto*. São Paulo: LTr, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1998.

STÜRMEER, Gilberto. *A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____, MARANHÃO, Délio, e VIANNA, José Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho, Vol. I*. São Paulo: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 10^a edição, 1987.

O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO DOS CORTADORES DE CANA-DE-AÇÚCAR NA MIRA DO ATIVISMO JUDICIAL: AÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Mirta Lereña Misailidis¹
Awdrey Frederico Kokol²

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como proposta a apontar os desafios dos sujeitos coletivos envolvidos na agricultura canavieira em um momento cujo setor é desafiado a estabelecer metas e desenvolver-se sob o pretexto da sustentabilidade.

O texto objetiva discutir as medidas positivas tomadas a respeito da melhoria do meio ambiente do trabalho para a saúde do cortador de cana-de-açúcar e alinhar os desafios dos Sindicatos, Ministério Público, e sobretudo, do Poder Judiciário a fim ajustar a economia nacional com as bases reais do desenvolvimento sustentável.

Sob as premissas negativas da agricultura canavieira no Brasil, caracterizada pela costumeira inobservância das normas am-

¹ Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Metodista (UNIMEP).

² Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP).

bientais e direitos trabalhistas, tal como as decisões judiciais vão comprovar, e ainda, tendo a saúde financeira e economia do setor, condicionada aos subsídios pelos setores governamentais. A temática em tela, busca pontuar aspectos imprescindíveis para questionar se o modelo de desenvolvimento sustentável que tem sido apregoado para a economia do país está condizente com as verdadeiras bases da teoria. Outrossim, se o ajustamento do setor às políticas externas é de fato, o melhor caminho a ser trilhado.

O problema: o setor sucroalcooleiro e o desenvolvimento sustentável

Para estabelecer os desafios dos entes envolvidos na questão da cana-de-açúcar, necessário uma breve síntese do setor sucroalcooleiro e seu momento de destaque no mercado internacional de comercialização dos derivados da cana-de-açúcar devido às demandas por fontes alternativas de energia que se ajustem às políticas de sustentabilidade.

A produção de energia a partir do bagaço da cana-de-açúcar em substituição a utilização de combustíveis fósseis, segundo os defensores mais enérgicos da viabilidade do ajustamento do setor aos objetivos de um desenvolvimento sustentável, é necessário que o etanol se torne uma commodity, e para tanto, governantes e usineiros tem empenhado medidas viabilizadoras da mecanização da colheita da cana-de-açúcar em substituição a utilização da força de trabalho manual.

Porém, diante da premissa que a produtividade no corte manual exige a queima da palha da cana-de-açúcar, cujo método é considerado uma afronta meio ambiente equilibrado, como afirmar que suas bases econômicas estarão em conformidade com as políticas de sustentabilidade?

A forma pela qual o setor se ajusta as recomendações internacionais para o bom desempenho do setor só ocorrerá por

meio da substituição da queima da cana-de-açúcar pela completa mecanização do corte, contudo, tem-se que a máquina não atinge todos os níveis de declividade da terra, e ainda reduz as perspectivas futuras da produção posto que prejudica o solo.

Nessa toada, necessário considerar também que a utilização do trabalho manual para a colheita da cana está suplantada nos péssimos costumes do setor quanto ao cumprimento de normas trabalhistas, sobretudo aquelas que tratam do meio ambiente laboral do setor.

A Lei n.11.241 de 2002³ preconiza o fim da queimada da cana-de-açúcar como método aplicado a colheita e estipula prazos para tanto. Em 2007, a UNICA (União da Indústria do Açúcar) assinou com o governo estadual um novo protocolo adiantando os prazos legais anteriormente estipulados pra 2014 e 2017, para áreas mecanizáveis e não mecanizáveis⁴.

Em 2011 o trabalho de pesquisa apresentado pelas autoras concluiu que o desenvolvimento do setor estava muito mais relacionado com o interesse da produtividade e redução dos custos da mão-de-obra do que na promoção do equilíbrio ambiental.⁵

O desenvolvimento sustentável é o modelo em que os agentes econômicos devem se promover internacionalmente, capaz de assegurar o progresso econômico e social sem destruir as condições de vida para as gerações presentes e futuras.

³ SÃO PAULO. **Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo**. Lei 11.241 de 19 de setembro de 2002. Dispõe sobre a eliminação gradativa da queima da palha da cana-de-açúcar. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2002/lei%20n.11.241,%20de%2019.09.2002.htm>>. Acesso 05 out. 2013.

⁴ O Protocolo Agroambiental, reduz o prazo previsto para 2021 para áreas mecanizáveis, e 2031 para áreas não mecanizáveis, para os anos 2014 e 2017, respectivamente alterando a Lei 11.241 de 19 de setembro de 2002. Disponível em: <[⁵MISAILIDIS, Mirta Lerena;KOKOL,Awdrey.**Direitos Fundamentais do Trabalho na Agroindústria canavieira brasileira: os desafios diante do desenvolvimento sustentável**. In: Alvaro Sánchez Bravo. \(Org.\). Sostenibilidad ambiental urbana. Sevilla: ArCiBel, 2012, v. , p. 729-762.](http://www.unica.com.br/content/show.asp?cntCode={BEE106FF-D0D5-4264-B1B37E0C7D4031D6}>.05 out. 2013.</p></div><div data-bbox=)

Conforme aduz o artigo 8º da Conferência Estocolmo de 1972, os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo e promover políticas demográficas apropriadas (ALVES, J.A. Lindgren 2002, p. 35).

Todavia, José Fernando Vidal de Souza lembra que o conceito de desenvolvimento sustentável foi de fato, definido na Conferência de Estocolmo de 1972, e posteriormente a ONU criou o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, eis então o conceito reproduzido por Ingacy Sachs:

Perdemos a inocência. Hoje sabemos que nossa civilização e até mesmo a vida em nosso planeta estarão condenadas, a menos que nos voltemos para o único caminho viável, tanto para os ricos quanto para os pobres. Para isso é preciso que o Norte diminua seu consumo de recursos e o Sul escape da pobreza. O desenvolvimento e o meio ambiente estão indissolavelmente vinculados e devem ser tratados mediante a mudança do conteúdo, das modalidades das utilizações do crescimento. Três critérios fundamentais devem ser obedecidos simultaneamente: equidade social, prudência ecológica e eficiência econômica (SACHS op. Cit. SOUZA, 2008, p. 323).

Desta forma chama a atenção o autor para o manejo do conceito do termo desenvolvimento sustentável:

[...]Porém, se o conceito de desenvolvimento sustentável não for bem examinado e refletido, pode se tornar poroso e servir de base para o pensamento elitista e conservador, através de instrumentos utilitaristas, deixando de promover qualquer alteração estrutural, acabando por ser facilmente assimilado e engolido pelas classes dominadoras, num rápido e eficiente arranjo de forças, reduzindo por completo seu potencial de novo paradigma e modificador do pensamento social (SOUZA, 2008, p. 324).

Assim, o modo como é levado a se pensar sobre a questão canavieira e sua expansão econômica pode estar conduzindo a sociedade brasileira de uma forma geral a acreditar que o fim das queimadas insere o setor no contexto do desenvolvimento sustentável, por isso vale finalmente trazer a advertência do

autor de que no Brasil preserva-se um hábito terrível do Poder Público de não fiscalizar e investir mal suas receitas no âmbito privado. E o que é pior, o próprio Estado é um infrator contumaz do meio ambiente à medida que promove intervenções equivocadas e poluições de todas as ordens, afinal, no contexto de economia globalizada, o Estado tem ainda o dever de garantir os direitos sociais (SOUZA, 2008, p. 326/7).

Para elucidar como a sustentabilidade no setor tem aplicação duvidosa, as expectativas para o desenvolvimento do setor vêm se reduzindo desde 2008, posto que se de uma via, os investimentos privados em produtividade, logística e novas tecnologias contribuíram para o aumento da competitividade do setor, por outro ângulo a agroindústria canavieira tem atingido um alto nível de endividamento de suas empresas, essa afirmação foi proferida pela Presidente da UNICA, União da Indústria de Cana-de-Açúcar, durante participação no Fórum Nordeste 2013, realizado na segunda-feira (09/09) em Recife (UNICA, 2013)⁶.

Segundo as declarações da Presidente da UNICA, Elizabeth Farina, houve um fechamento de 51 usinas nas últimas safras, mesmo assim, a moagem deste ano deverá ser recorde, porém essa situação infelizmente não representa uma tendência para os próximos anos: “A indústria tem trabalhado para que a falta de unidades novas não prejudique a produção atual, mas vai chegar uma hora em que isso, por si só, não será suficiente. É preciso implementar políticas públicas claras de manutenção da competitividade da energia renovável no longo prazo para garantir investimentos em novas usinas”(UNICA, 2013).

Assim, evidente que o cenário apoiado pela Indústria canavieira vem se desmantelando, e põe a prova se o modelo apresentado para o desenvolvimento do setor se condiz realmente com os moldes da sustentabilidade e mais, se é um modelo viável para a economia brasileira.

⁶ UNICA. **Investimentos e endividamento na Indústria da Cana**. São Paulo, Notícia, 19/09/2013. Disponível em: <http://www.unica.com.br/noticia/38156175920338415501/investimentos-e-endividamento-na-industria-da-cana-por-cento0D-por-cento0A-por-cento0D-por-cento0A/>>. Acesso em 05 out. 2013.

Ativismo judicial em prol dos trabalhadores

É indiscutível que as condições de trabalho e de vida dos cortadores de cana-de-açúcar sejam degradantes, não apenas em função das características do meio ambiente do trabalho, mas também em razão do altíssimo grau de descumprimento de preceitos constitucionais e a constatação dos trabalhadores desse ramo de atividade serem explorados pelo regime de pagamento por produção que os leva à exaustão, em alguns casos até mesmo a morte. Além, da constante prática da terceirização ilícita, deflagrando um modelo de semi escravidão.

Como anteriormente mencionado, o setor demanda também a preocupação com as condições ambientais, assim a participação do Poder Judiciário e do Ministério Público do Trabalho enquanto fiscal da lei torna-se elementar para o desenvolvimento do setor sob os princípios da sustentabilidade.

Na eminência da substituição da queimada como método do corte pela mecanização do corte de cana-de-açúcar, questiona-se se ações sociais realizadas até então são suficientes para enfrentar a questão do meio ambiente do trabalho do trabalhador rural envolvido no setor.

O Ministério Público do Trabalho incitou inicialmente no estado do Alagoas, o Programa Nacional de Promoção do Trabalho Decente no Setor Sucroalcooleiro, para impedir que a expansão da produção canavieira ocorra em desacordo com os valores sociais do trabalho. O projeto iniciou-se em 2008 e já atingiu outros seis estados brasileiros (Pernambuco, Bahia, Rio Grande do Norte, Espírito Santo, Sergipe e Mato Grosso), o objetivo é “extinguir esse quadro de arcaísmo e desrespeito aos direitos dos trabalhadores, aproveitando a favorável conjuntura de expansão do setor, a visibilidade internacional e a sensibilidade para os direitos humanos que os demais atores políticos brasileiros têm demonstrado”. A ação já resultou na formalização de TAC’S, Termos de Ajuste de Conduta, formalizados em Alagoas, Bahia e Pernambuco e outros acordos judiciais (Sítio eletrônico MPJT, Acesso em janeiro de 2011).

Contudo, a prática da exploração do corte manual de cana de açúcar ainda não ocorre em plena sintonia com os direitos constitucionais. Nessa toada, vale mencionar a importância da Ação Civil Pública como instrumento judicial para viabilizar a efetivação da sustentabilidade.

Em artigo apresentado no Encontro Nacional de Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em junho de 2013, em Curitiba- PR, tendo como tema “Direito e Sustentabilidade”, chama atenção a proposta de Felipe Laurini Tonetti, sob o título “Ação Civil Pública e Sustentabilidade”, o autor correlaciona os preceitos da referida medida judicial com os objetivos do desenvolvimento sustentável, na medida em que se equiparam pelos bens juridicamente protegidos pela Lei n. 7.347 de 1985. Segundo o autor “Os pontos de inter-relacionamento e de contato entre a ação civil pública e a sustentabilidade, ficam claros ao se analisar os incisos do art. 1º da Lei nº 7.347/1985 e do art. 170 da Constituição, em face da teoria do desenvolvimento sustentável” (TONETTI, 2013, p.220).

De outra via, porém no mesmo sentido, pauta-se o Poder Judiciário mais efetivo na concretização dos princípios constitucionais e do Estado Democrático de Direito. Outro artigo produzido no evento acima citado, de autoria de Luciana Costa Poli e Bruno Ferraz Hazan, denominado “O Ativismo Judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade” provoca o questionamento acerca da atuação judicial em razão da abertura e mobilidade do sistema jurídico, verificado por diversos aspectos, entre eles a existência de cláusulas gerais de conteúdo aberto e fluído no ordenamento que permitem ao Juiz, a solução de um caso concreto utilizando-se das matrizes principiológicas do direito, viabilizando desta forma, a concretização das metas da sustentabilidade, provocando a atuação do Magistrado de forma politizada e conectada com as demanda de um Estado comprometido com a implementação do princípio da sustentabilidade (POLI & HAZAN, 2013, p. 334).

Procurar-se-á constatar que o Estado Democrático de Direito não mais permite uma postura desidiosa e passiva do Judiciário,

sendo que o juiz deve concretizar o significado dos princípios e, por conseguinte, do conteúdo da sustentabilidade, buscando dar-lhe densidade real e concreta. O juiz, atento às demandas no mundo contemporâneo, não deve, ao julgar o caso, apenas aplicar o comando da lei, mas, sim, avaliar e sopesar os impactos de sua decisão na sociedade (POLI & HAZAN, 2013, p. 336).

Os autores destacam a superação da teoria clássica de divisão dos poderes que sob sua construção, pregava a separação das funções políticas e jurídicas, que acabou por neutralizar a ação política na atividade jurisdicional. Porém as ingerências humanas no planeta afetam significativamente o meio ambiente, e leva o Estado a repensar seus próprios fins, conforme já apregoava Canotilho, o Estado tem o dever de defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento territorial (CANOTILHO, 1995 p. 13).

Assim, em suas considerações finais, pautam a sustentabilidade como um princípio sistêmico que visa orientar as decisões judiciais e a legitimar a atuação criativa do juiz, principalmente com o intuito de focar a responsabilidade homem perante as gerações futuras, e pontuam “a atuação jurisdicional é fundamental para o fomento de ações sustentáveis, conformando a autonomia, de certa forma, às metas de sustentabilidade” (POLI & HAZAN, 2013, p. 353).

A Ministra Eliana Calmon do Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou no mesmo sentido, na abertura do curso: “Criação da Disciplina Magistratura – Vocação e Desafios”, em 19 de fevereiro de 2013:

A sociedade atual necessita de um juiz com novo perfil, o que representa quebrar uma cultura de mais de 200 anos. Cabe ao juiz de hoje não só resolver conflitos que chegam nos processos, mas também fiscalizar e cobrar a realização das políticas públicas. O magistrado passou a ter a necessidade de informações diferenciadas sobre a sociedade. Não queremos burocratas, mas sim um juiz presente na sociedade, de maneira participante (STJ, 2013).

A respeito das responsabilidades sociais do Poder Judiciário, o professor José Eduardo Faria, também destaca o dilema de adaptar a estrutura organizacional judicial, critérios de interpretação e jurisprudências às situações inéditas no âmbito de uma sociedade urbana-industrial “profundamente estigmatizada pelas contradições econômicas”, antagonismos sociais e paradoxos políticos, que exige tanto dos juízes quanto do Poder Legislativo, tutelas diferenciadas, novos direitos sociais e a proteção dos interesses difusos, fragmentados ou coletivos. O desafio é ultrapassar a dura barreira da rigidez lógico-forma enraizada no Poder Judiciário.

[...] Após essa discussão, em suma, não há como se fugir de um dilema: se quiser manter sua relevância institucional num contexto social cada vez mais complexo, diversificado, contraditório e fragmentário, o Judiciário tem, obrigatoriamente, de modificar suas funções jurisdicionais tradicionais, o que restringem somente à subsunção dos fatos às normas de condutas unívocas por meio de métodos exclusivamente formais e caráter lógico, sistemático de dedutivo. O desafio que se coloca para a instituição é o de se elevar ao nível do Executivo com funções ampliadas, forçados pelo Estado- Providência, para desenvolver em torno dele sistemas de controle mais adequados, isto é, capazes de conter, direcionar e condicionar suas ações promocionais. Da não superação desses desafios pode resultar um Judiciário enfraquecido e cada vez mais esvaziado pela emergência de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos e/ou de um sem-número de agentes e órgãos “quase judiciários”- arbitrários, conciliadores, conselhos, tribunais administrativos etc. Investidos de responsabilidade funcional para atuarem nas áreas mais tensas e nos setores mais problemáticos da vida social. Historicamente, como afirma Capelletti, todas as vezes em que a tradicionalmente rígida separação entre poderes independentes e autônomos não permitiu a emergência de um sistema de controle e contrapesos recíprocas, com o magistrados podendo exercer funções mais amplas do que as previstas pelo paradigma liberal clássico de Estado de Direito, o resultado foi um ‘Judiciário pe-

rigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados', apenas onde esse sistema de controles e contrapesos recíprocos se consolidou é que se conseguiu, 'sem perigoso para a liberdade, fazer coexistir (...) um Executivo forte, com um Judiciário forte' (FARIA, 2002, p. 65).

Por tal motivo constata-se que a preocupação com os rumos do setor atingiu a esfera judicial, por meio do ajuizamento de Ações Cíveis Públicas em face de Usinas de cana-de-açúcar, pelo Ministério Público do Trabalho. Merece relevo a decisão proferida em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 15ª Região em face da Usina São José. O Juiz de Capivari Marcos Menezes Barberino Mendes decidiu em sede de Tutela Antecipada pôr fim às terceirizações da empresa a partir da safra de 2007, o que representou um marco na atuação Judiciária Trabalhista, não somente porque coibiu a empresa a terceirizar qualquer dos seus serviços, aplicando os efeitos da decisão a todo Grupo Econômico em nível nacional, como também ofereceu como alternativa à sentença a promoção de cursos de alfabetização dos cortadores de cana. A sentença confirmou o que foi decidido na Tutela Antecipatória e a Usina recorreu, conquanto, em termos de execução provisória, as audiências demonstram fatores como desinteresse do trabalhador por encontrar-se cansado ao fim do dia, dificuldades com deslocamento de alunos e professores, reivindicação de instalação de salas de aulas nos alojamentos e realização de audiências públicas para debater o assunto (TRT, 2006)

Em setembro de 2010, outra sentença resultante da ação do Ministério Público do Trabalho resultou na condenação da Usina Andrade Açúcar e Alcool S/A ao implementar o Programa de Assistência Social (PAS) em benefício da saúde do trabalhador em conformidade com o previsto na Lei 4.870, de 1965. Em outubro do mesmo ano um acordo judicial firmado entre o MPT da 15ª Região e a Usina Nova América homologou a decisão das partes em cessar o trabalho nos eitos dos canaviais em determinadas temperaturas, bem como na obrigação da empresa como alternativa à indenização por danos morais coletivos a

promover um curso de capacitação de trabalhadores rurais na comunidade com o objetivo de formar mecânicos e eletricitistas (MPT 15ª Região, Notícias, 2010).

O MPT da 15ª Região formalizou ainda juntamente a Usina Zanin em Araraquara um Termo de Ajuste de Conduta. A empresa se comprometeu a promover a instalação de sanitários dentro dos ônibus de transportes, também para a próxima safra a iniciar um novo protocolo de avaliação de risco cardíaco, com teste de eletrocardiograma com esforço para os empregados que sejam hipertensos, obesos, dislipidêmicos, diabéticos ou que tenham antecedentes de doenças na família, e ainda a doar 24 computadores com garantia de um ano para os municípios que compõe a região do Centro de Referência em Saúde do Trabalhador (CEREST) de Araraquara (PRT 15ª, 2010).

Em outubro de 2012, decisão histórica da Justiça do Trabalho também em sede de Ação Civil Pública, proíbe Usina de Cana de açúcar a efetuar os pagamentos do cortadores pelo método da produtividade. A decisão inédita recebeu atenção do site Repórter Brasil, de forte engajamento social, por destacar jurisprudências que confirmar o sistema de pagamento por produção extremamente prejudicial a saúde física e moral do cortador de cana, e também por basear sua sentença em diversos artigos científicos . (Repórter Brasil, 2013).

A sentença merece destaque também por dedicar parte de seu conteúdo a história da indústria canavieira, o juiz invoca Augusto Comte: “Não se conhece completamente uma ciência enquanto não se souber da sua história”, e ressalva um sermão do Padre Antonio Vieira para levantar a reflexão a respeito da vida do cortador de cana de açúcar:

A descrição do doce inferno do Padre Antônio Vieira, referindo-se aos desumanos engenhos durante a época da escravidão (que ainda não terminou na prática), não poderia ser mais atual. Se, no passado, os escravos eram arrancados brutalmente de seus lares na África (seja pelos próprios europeus ou vendidos por tribos inimigas), enfrentavam uma cruel viagem e (caso sobrevivessem) eram condenados a uma infeliz vida de

exploração sob a condição de réis, os trabalhadores dos canaviais são sua versão contemporânea, dentro de outra estrutura produtiva. O que são hoje os trabalhadores com baixo ou nenhum nível de escolaridade, desesperados por qualquer forma de transformar sua força produtiva em subsistência senão os novos escravos? Vale a pena ressaltar que o escravo como um bem valioso recebia, via de regra, cuidados mínimos para que pudesse ao menos continuar produzindo. Compondo a parcela marginalizada, desprotegida e sem especialização da população, o cortador de cana-de-açúcar, que se encontra na contramão da tendência de intelectualização do trabalho, ingressa nessa profissão como forma de subsistir, jamais como vocação, mas sim como parte de uma minúscula esfera de escolhas possíveis a essa classe, porque, se outrora, vivia-se para trabalhar, hoje se trabalha para viver. E qual outra classe se submeteria a tamanha desumanidade como é exercer esse trabalho, senão os despossuídos, que nada mais podem oferecer ao capital além de seus corpos e almas, que são dilapidados em um constante processo de produção de mais valia? (TRT 15ª REGIÃO, Marcos Menezes Barberino Mendes, 2007).

O Juiz fundamenta também sua brilhante decisão na premissa filosófica, onde por meio de diversos pensadores aduz que o ser humano não pode ser avaliado pela riqueza que produz, que a noção de produtividade não se pode ser mais valorizada do que a dignidade, assim como a ideia de eficiência não deve se sobrepor a de capacidade de reflexão, o verdadeiro patrimônio da humanidade. Como se não bastasse, inclui ainda reflexões econômicas em seu julgamento e dentre suas inúmeras páginas, ao pontuar o salário por produção especificamente, um trecho da sentença merece destaque:

Transportando esse raciocínio para o caso concreto, temos que o salário por produção, aparentemente, pode até passar a falsa impressão de ser o melhor sistema se considerarmos o interesse individual de cada trabalhador, na medida em que, em princípio, poderia resultar em um rendimento maior. Porém, esse sofisma se desfaz quando vemos que o melhor para o gru-

po (ou para a sociedade) não é o lucro imediato, mas sim a preservação da saúde dos trabalhadores, uma vez que todos terão de pagar pela sua assistência social quando ele se adoentou ou se acidentou, precisando do auxílio do INSS. E, em uma perspectiva mais ampla, o fim do salário por produção também é o mais benéfico para cada trabalhador isoladamente considerado, uma vez que, ao preservar sua saúde, ele poderá estender sua vida produtiva e continuar sustentando a sua família com o fruto do seu trabalho por muito mais tempo (TRT 15ª REGIÃO, Marcos Menezes Barberino Mendes, 2007).

Levanta ainda como benefício da mudança do sistema de pagamento por produção a força da união coletiva através do sindicalismo, pelo qual os trabalhadores poderão exigir reajustes salariais e elevação do piso da categoria, aliviando as perdas momentâneas e a recomposição salarial.

Por fim, ressalta decisões judiciais que seguem nessa toada de valorização da vida e dignidade humana, reproduzindo, por exemplo, o excerto de acórdão do STF, no

HC 45.232,GB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, j. em 21.02.1968: "... A vida não é apenas o conjunto de funções que resistem à morte, mas é a afirmação positiva de condições que assegurem ao indivíduo e aos que dele dependem, dos recursos indispensáveis à subsistência...", in "A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais", Luciano Feldens, Livraria do Advogado Editora, 2005, página 174, nota de rodapé nº 287.

O juiz então condenou a Usina Santa Fé S/A a abster-se de remunerar seus empregados, envolvidos no corte manual de cana de açúcar, por unidade de produção sob pena de multa de R\$1.500 (mil e quinhentos reais) por trabalhador atingido, a cada mês que se verificar o descumprimento.

A sentença ficou incólume ao ser apreciada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, e segundo o Ministério Público do Trabalho a decisão pode abrir espaço para uma mudança no setor, baseada em práticas com base em outras formas de remuneração, que não atentem contra a saúde coletiva e des-

taca a importância da participação dos sindicatos para estabelecer um piso salarial mais elevado é de extrema importância (PRT, 08/10/2013).

Patente, que o reconhecimento dos direitos difusos e coletivos como direitos fundamentais tem importância imprescindível para a garantia da qualidade de vida dos mais desvalidos, sobretudo quando se trata dos cortadores de cana, seja pelas características de seu trabalho importadas da era colonial, seja pelas várias formas de opressão que a que foram sujeitados pelo Poder Público que tão demoradamente permitiu que a classe se organizasse livremente, o que se for analisar de fato, ainda não ocorre.

Verifica-se que apesar das inúmeras participações do movimento sindical nos

encontros tripartites, as conquistas têm se limitado a garantir direitos que já existem, e frequentemente as medidas propostas são descumpridas. O Governo por seu turno promove ações com o fito de melhorar as condições de vida, sem contudo, regulamentar, exigir e fiscalizar seriamente se as medidas são cumpridas, fazendo com que os interesses das elites oligárquicas do agronegócio prevaleçam sobre o interesse da classe trabalhadora.

Tem-se como exemplo o Projeto de Lei de nº. 234 de 2007⁷ do Deputado Federal João Dado que acrescenta o artigo 13-A na Lei 5.889 de 1973 para dispor sobre a atividade dos trabalhadores no corte de cana. Entre as disposições consta a previsão do adicional de insalubridade em grau máximo, adicional de penosidade e regime especial de jornada, reduzindo o período de 8 horas diárias para 6, somando-se 36 horas semanais, conquanto o projeto encontra-se engavetado na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (CA-PADR) da Câmara de Deputados desde 15/07/2009.

⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº. 234/2007. **Acrescenta Art. 13-A na Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973, para dispor sobre a atividade dos trabalhadores no corte de cana.** Autor Deputado João Dado. Câmara dos Deputados, Brasília. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=342571> Acesso em 13 out. 2013.

Se as relações de trabalho na agroindústria sucroalcooleira pouco avança em termos de legislação trabalhista e as conquistas dos entes coletivos não são suficientes para melhorar as condições de vida dos cortadores de cana-de-açúcar. Assim, a batalha da organização sindical é no sentido de que a promoção da expansão do setor tenha também como objetivo garantir a dignidade e cidadania da categoria.

A participação dos entes coletivos do trabalho tem importância inestimável no

presente momento econômico da agroindústria da cana-de-açúcar, sobretudo porque por meio dos discursos em prol do “meio ambiente economicamente equilibrado”, o patronato e o governo tem promovido a expansão canavieira pelo mundo todo. Conquanto, vale investigar até que ponto o setor realmente tem buscado assegurar que seu desenvolvimento ocorra em equilíbrio com a natureza e até que ponto a busca incessante pelo lucro toma dianteira dos rumos da agroindústria para que assim seja possível compreender a complexidade do desafio, em que se encontra o movimento dos trabalhadores rurais na defesa dos interesses da categoria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob o pretexto da “sustentabilidade” afirmam e confirmam os usineiros que estão pondo fim às queimadas nos canaviais com o objetivo de cumprir as demandas sociais e internacionais pelo modelo ecológico de desenvolvimento. Porém insistem em ignorar que empregam mal esse conceito de desenvolvimento sustentável.

Alias, se o etanol se mostra como fonte de energia renovável e alternativa limpa para os combustíveis fósseis, a utilização de colhedoras mecânicas no processo produtivo da cana de açúcar está muito mais relacionado com o interesse da produtividade e redução dos custos da mão-de-obra do que na pro-

moção do equilíbrio ambiental. Afinal a utilização intensiva dos agrotóxicos e a expansão da monocultura da cana são dois pesos da mesma balança: a do agronegócio. O objetivo real dos usineiros é tornar o álcool uma *commodity* e acirrar a competitividade em prol do lucro máximo.

Nesse sentido a participação do Ministério Público do Trabalho tem sido imprescindível, não apenas na tentativa de erradicar de vez a prática do trabalho escravo na agricultura brasileira, mas também nas iniciativas inéditas, como a exigência de que as usinas forneçam cursos de qualificação aos trabalhadores e o fim da terceirização de serviços, traduzidas nos Termos de Ajuste de Conduta que contribuem para a promoção do trabalho decente na agroindústria canavieira.

O ativismo judicial trabalhista, por sua vez, ainda se mostra muito tímido frente a atual necessidade de se construir uma sociedade mais justa e igualitária, a tomada de decisões judiciais que provoquem efetivas mudanças sobre a realidade do cortador de cana-de-açúcar e ingerência sobre o respectivo setor é inédita, mas, espera-se que sirva de modelo para os demais tribunais trabalhistas do país.

Assim, neste momento necessário que o Poder Judiciário seja provocado a repensar os planos de desenvolvimento econômico, e o real significado da teoria da sustentabilidade, garantindo assim estratégias para que os lucros desse mercado internacional do etanol não custem a saúde do trabalhador brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, J.A. Lindgren. **As conferências sociais da ONU e a irracionalidade contemporânea.** In ;TEUBNER, Gunther; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende; RÜDIGER, Dorothee Susanne. *Direito e Cidadania na Pós-Modernidade.* Piracicaba: Unimep, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Proteção do ambiente e direito de propriedade:** crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

FARIA, José Eduardo. **As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais.** In (Coord.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

MPT, Ministério Público do Trabalho. Programa Nacional de promoção do Trabalho Decente no Setor Sucroalcooleiro. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/programas-dompt/programa-sucroalcooleiro/>> Acesso em 12 out., 2013.

MISAILIDIS, Mirta Lerená; KOKO, Awdrey Frederico. **Direitos Fundamentais do Trabalho na Agroindústria Canavieira Brasileira: Os desafios diante do desenvolvimento sustentável.** in Sostenibilidad Urbana. Ed. Álvaro Sánchez Bravo, ArCiBel, Sevilla:2012.

POLI, Luciana Costa; HAZAN, Bruno Ferraz. **O Ativismo Judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade.** In XXII Encontro Nacional do Conpedi, 2013. Curitiba-PR. Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA. Tema: 25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República, 29 de maio a 01 de junho de 2013, Centro Universitário Curitiba / Curitiba – PR. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5726daf2c9ee0f95>>. Acesso em 12 out. 2013.

PRT 15ª REGIÃO, Procuradoria Regional do Trabalho. Notícias. **Acordo com Nova América garante direitos inéditos aos cortadores de cana.** Campinas. Disponível em: <http://www.prt15.mpt.gov.br/site/noticias.php?mat_id=10654>. Acesso em 14 nov. 2010.

. Notícias. **Acordo prevê melhorias para cortadores de cana da Usina Zanin.** 22/12/2010. Campinas. Disponível em: <http://www.prt15.mpt.gov.br/site/noticias.php?mat_id=10820>. Acesso em 16 jan. 2011.

.Notícias. **Usina é condenada a investir em programa de assistência social, montante é calculado de acordo com o faturamento.** Campinas, São Paulo. Fonte disponível em: <http://www.prt15.mpt.gov.br/site/noticias.php?mat_id=10585>. Acesso em 21 nov. 2010.

.Notícias. **Tribunal mantém decisão inédita que obriga usina a abolir salário por produção no corte de cana.** Campinas, 08/10/2013. Disponível em: <http://www.prt15.mpt.gov.br/site/noticias.php?mat_id=13013>. Acesso em 13 out.,2013.

REPORTER BRASIL, **Justiça proíbe pagamento por produção em usina de São Paulo.** São Paulo, Notícia, 11/01/2013. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/01/justica-proibe-pagamento-por-producao-em-usina-de-sao-paulo/>>. Acesso em 13 out., 2013.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Lei 11.241 de 19 de setembro de 2002. **Dispõe sobre a eliminação gradativa da queima da palha da cana-de-açúcar.** Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2002/lei%20n.11.241,%20de%2019.09.2002.htm>>. Acesso 05 out. 2013.

SOUZA, José Fernando Vidal. **Os Direitos Difusos e Coletivos:** o Meio Ambiente, pp.309-332. In: LEMOS FILHO, Arnaldo; BARSALINI, Glauco; VEDOVATO, Luís Renato & MELLIM FILHO, Oscar. *Sociologia do Direito*, 3 ed. Campinas: Alínea, 2008.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. Eliana Calmon diz que magistratura precisa de juízes presentes na sociedade, não de burocratas. Brasília, notícias, 19/02/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108595>. Acesso em 13 out, 2013.

TONETTI, Felipe Laurini. **Ação Civil Pública e Sustentabilidade.** In XXII Encontro Nacional do Conpedi, 2013. Curitiba-PR. Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA. Tema: 25 anos da Constituição Cidadã: Os

Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República, 29 de maio a 01 de junho de 2013, Centro Universitário Curitiba / Curitiba – PR. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1977ab8c9f9473d8>>. Acesso em 12 out. 2013.

TRT 15ª, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Ação Civil Pública, processo nº. 00868- 62.2006.5.15.0039.** Vara do Trabalho de Capivari. Juiz Sentenciante Marcos Menezes Barberino Mendes. Data da sentença 30 de abril de 2007.

UNICA, Indústria da Agroindústria Canaveira de São Paulo, Governo do Estado de São Paulo, Secretaria de Agricultura e Abastecimento. **Protocolo Agroambiental.** Disponível em: <http://www.unica.com.br/userFiles/Protocolo_Assinado_Agroambiental.pdf>. Acesso em 13 out., 2013.

ÚNICA. **Investimentos e endividamento na Indústria da Cana. São Paulo,** Notícia, 19/09/2013. Disponível em: <<http://www.unica.com.br/noticia/38156175920338415501/investimentos-e-endividamento-na-industria-da-cana-por-cento0D-por-cento0A-por-cento0D-por-cento0A/>>. Acesso em 05 out. 2013.

A “CULTURA-MUNDO” E A SUSTENTABILIDADE COMO MEDIADORA DO DIÁLOGO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹
Patrícia Elias Vieira²

INTRODUÇÃO

O objeto³ da pesquisa é o dever da governança e sustentabilidade na conexão entre Direito e Economia na Pós-

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professor do Programa *Stricto Sensu*, Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI. Professor da Universidade de Passo Fundo e Coordenador do Balcão do Consumidor.

² Doutoranda do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – CPCJ do Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pelo Centro de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas – CPCJ do Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. Professora da disciplina de Direito Civil - Contratos, Direito Civil – Obrigações, Direito Processual Civil – Recursos e Cautelares e Estágio de Prática Jurídica Civil do Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Endereço: Rua Olga Bernardes Amorim, n. 934, Centro, Camboriú/SC. CEP: 88340-000. Fone: (47) 3365 0952. E-mail: patriciaelias@univali.br, patelias@terra.com.br

³ “**OBJETO**: motivo temático ou causa cognitiva que determina a realização da Pesquisa Científica.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 206.

Modernidade. E, o objetivo⁴ é estudar as transformações ocorridas no meio ambiente, diante do paradoxo da governança e da sustentabilidade; compreendendo as transformações propiciadas pela globalização; apresentando o processo de transformação da governança ambiental; estudando criticamente a economia ecológica; estimulando o estudo reflexivo das novas tecnologias diante da terceira revolução industrial e visualizando o futuro que nós queremos: através das redes de indignação.

O pluralismo cultural, a multiplicidade de fontes, a complexidade das relações jurídicas que transcendem os interesses, a facilitação da comunicação e da comunicabilidade entre as pessoas, a velocidade e a abundância de informações à disposição da coletividade, o crescimento demográfico, a mudança estrutural do trabalho, o desenvolvimento tecnológico, o método político-econômico neoliberal global e a sustentabilidade como paradigma da Pós-Modernidade são alguns dos fatores que modificaram a Sociedade contemporânea, a partir de meados do século XX, e por consequência exigem novas formas de pensar e agir o Direito, os Saberes e o Poder.

Fala-se em “crise” da Modernidade; mas na realidade vive-se um momento de adaptação à nova realidade advinda da globalização, ou, “cultura-mundo” que permeia os anseios da Sociedade contemporânea. Trata-se do término do momento histórico identificado como Estado Moderno e do início de outro denominado Estado Contemporâneo, ou, Pós-Moderno.

Pretende-se contribuir para a reflexão do “dever ser” da Governança e Sustentabilidade no sentido de identificar a sustentabilidade como mediadora do Diálogo entre Direito e Economia frente à “cultura-mundo”, sem, entretanto esgotar o tema.

⁴ “**OBJETIVO:** meta que se deseja alcançar como desiderato da Pesquisa Científica.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz, **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 206.

As categorias operacionais ou termos estratégicos utilizados e seus conceitos operacionais serão esboçados no desenvolvimento da pesquisa.

A investigação, o tratamento de dados e o relato da pesquisa segue o método indutivo⁵ acionado com auxílio das técnicas do referente⁶, da categoria⁷, do conceito operacional⁸ e da pesquisa bibliográfica⁹.

A seguir, tratar-se-á da “crise” da Modernidade, o upgrade civilizatório e a “cultura-mundo”.

1. A “CRISE” DA MODERNIDADE, O UPGRADE CIVILIZATÓRIO E A “CULTURA-MUNDO”

O ser humano passou de cidadão nacional para cidadão do mundo. Mas esta integração de valores transnacionais não gera

⁵ “**MÉTODO INDUTIVO**: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

⁶ “**REFERENTE**: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa. (...)” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 209.

⁷ “**CATEGORIA**: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia(sic).” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 197.

⁸ “**CONCEITO OPERACIONAL [COP]**: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias (sic) expostas.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 198.

⁹ “**PESQUISA BIBLIOGRÁFICA**: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 207.

perspectivas de paz duradoura, também não elimina a violência entre as pessoas. O fenômeno da globalização trouxe a possibilidade de integração cultural, mas esta integração não se consolidará de modo eficaz sobre as bases dos paradigmas individualistas do Estado Moderno.

As relações humanas que identificam a contemporaneidade são muito diferentes das que se concretizavam sob o Estado moderno. As facilidades da globalização, a coexistência do multiculturalismo e o processo econômico global são apenas alguns dos fatores que exigem a mudança do pensar e agir na pós-modernidade.

Esta necessária mudança do pensar e agir coloca em “crise” o Estado, a Democracia, a Economia e o Contrato. É a “crise” da modernidade que se espalha por todas as searas da vida individual e social. Fala-se em “crise” do Estado, em “crise” do Contrato; mas na realidade vive-se um momento de adaptação aos novos anseios da Sociedade contemporânea, e não de superação desses institutos. Trata-se do término do momento histórico identificado como Estado Moderno e do início de outro denominado Estado Contemporâneo ou pós-Moderno.

Por exemplo, a tecnologia e a ciência que poderiam ser ferramentas utilizadas para minimizar o desequilíbrio social e os danos ambientais parecem estar adormecidas no embalo da economia. Parece que estamos vivendo o século XXI com a consciência do século XIX. Como descrevem Gabriel Real Ferrer e Paulo Márcio Cruz: a Sociedade Mundial está carente de um *upgrade* civilizatório, um avanço para um mundo solidário e humanizado, desapegado do individualismo, pois o mundo atual é complexo demais para seus obsoletos paradigmas teóricos.”¹⁰

¹⁰ FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica**. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos - Vol. 13 - n. 2 - p. 9-21 / jul-dez 2008. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1437/1140>. Acesso em 03 de agosto de 2013.

Nas palavras de Edgar Morin¹¹, citando Ortega y Gasset: “Não sabemos o que se passa e isso é o que se passa.” Esta constatação é feita por cada ser humano que se organiza em movimentos sociais sem lideranças partidárias “levantando bandeiras” contrárias à corrupção e a forma de governança que não se mostra eficaz para a população. Movimentos organizados através das comunidades sociais que deixam clara a unificação das pessoas com um mesmo propósito: a insatisfação.

Esta insatisfação, refletindo-se sobre o pensamento de Luiz Alberto Warat¹² é manifestação da “crise” da Democracia, que é resultado da crise da modernidade. “Crise” que surge das novas necessidades dos seres humanos, e, portanto, da urgência de serem substituídos os velhos valores, em decorrência de novas práticas e significados nas relações entre os indivíduos com o poder, a dominação e a própria autonomia dos seres humanos. “Crise” que é resultado da alienação da lei, do saber e do poder à realidade social. “Crise” que se dá pela impossibilidade de projetar o futuro do ser humano e da sociedade.

A superação da “crise” da democracia depende de um processo de constituição multicultural, de desenvolver novas sensibilidades para o imaginário político e do Direito, desapegado do passado a fim de permitir que o futuro possa desenhar um novo olhar jurídico e político, permitindo-se a criação de espaços fora dos limites de poder estabelecidos e fora dos lugares fechados em que se exercita e produz institucionalmente o imaginário social. É preciso que se reformule o atual sistema de necessidades sociais e que se executem novas formas de pensar e agir, conforme Luiz Alberto Warat¹³.

¹¹ MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand. 2013, p. 19

¹² WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004, p. 314.

¹³ WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004, p. 315.

É projetar o futuro, não é tarefa fácil; pois conforme Edgar Morin¹⁴ o conhecimento parece estar desorientado pela rapidez das mudanças e pela complexidade da globalização e suas inter-retroações entre processos econômicos, sociais, demográficos, políticos, ideológicos, religiosos, entre outros. E, no mundo ocidentalizado as pessoas preferem fragmentar problemas fundamentais e globais que demandam um conhecimento transdisciplinar; portanto o que nos desorienta muitas vezes não é a ignorância, mas sim o próprio conhecimento.

A globalização trouxe novas necessidades, novas formas de pensar e agir ao ser humano integrando-se na cultura da civilização, a “cultura-mundo”. Conforme Gilles Lipovestky e Hervé Juvim¹⁵ a globalização coincide com um regime inédito de cultura, com novos valores e, por assim dizer a própria globalização é uma cultura, uma espécie de hipercultura transnacional, denominada de “cultura-mundo”. E, a “cultura-mundo” consagra as grandes ideologias ou correntes de pensamento de essência cosmopolita: a ecologia e os direitos humanos. A produção se opõe a tecnologia reflexiva e ecológica que deve ter em conta a dimensão integral do planeta, impondo-se a ideologia dos direitos humanos como valor central.

A mundialização ou “cultura-mundo” para Carlos Josaphat¹⁶ se encontra na ponta do progresso técnico-científico, acumulando os efeitos das etapas anteriores de desenvolvimento mundial. Ela atinge hoje todos os setores da civilização, acentuando o predomínio da universalização racional das redes da produção, da comunicação e dos serviços. Assim se constituem os sistemas, que em si não designam algo de negativo, mas se definem e afirmam como formas racionais de organização, bem

¹⁴ MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand. 2013, p. 19

¹⁵ LIPOVETSKY, Gilles; JUVIN, Hervé. **El Occidente globalizado**: un debate sobre la cultura planetaria. Tradución de Antonio-Prometeo Moya. Barcelona: Editorial Anagrama, 2011. Título original: L'Occident mondialisé, p. 13-19.

¹⁶ JOSAPHAT, Carlos. **ÉTICA MUNDIAL esperança da humanidade globalizada**. Petrópolis: Editora Vozes. 2010, p. 538.

adaptadas e eficazes, unindo e dispondo os elementos e forças produtivas e de serviços sociais no mundo tecnológico. Especialmente, os sistemas de produção e de comunicação atingem o mais alto nível de organização e eficácia, constituindo a força e o cérebro da sociedade industrial, que avança como um grande sistema tecido de sistemas de grande, médio e pequeno portes. Eles são tanto mais fortes e fecundos do que os que se apresentavam no Estado Moderno, são bem organizados em si mesmos e mais bem entrosados com os outros sistemas. Esses sistemas ou formas racionais de organização precisam de um paradigma que torne suas ações humanizadas e solidárias.

Portanto, o surgimento de uma nova forma de pensar e agir individual e social deve vir solidária e humanizada; desapegada do individualismo, significando um verdadeiro o *upgrade* civilizatório.

2. A SUSTENTABILIDADE COMO PARADIGMA DA PÓS-MODERNIDADE

A Pós-Modernidade exige a mudança dos valores individuais e sociais. Valores que permitam a harmonização da sobrevivência digna do ser humano em ambiente saudável. Valores que poderão ser alcançados através do paradigma da sustentabilidade.

Em tempos de “cultura-mundo” deve-se falar numa política de integração entre as nações. Integração que deve suprir as necessidades de todos os países, embora estejam em fases de desenvolvimento diferentes. Integração que não deve se sobrepor ao nacionalismo, deve se ajustar a ele; pois o excesso de nacionalismo estremece a integração cultural entre os países.

A sustentabilidade é o novo paradigma da humanidade na pós-modernidade. Supõe introduzir as trocas necessárias para construir uma sociedade global capaz de perpetuar-se indefinidamente em tempo e condições dignas de garantia das suas ne-

cessidades vitais e artificiais. Não há como pensar a sustentabilidade parcial, de uma ou algumas nações, ou em Estado-nação sustentável. Para se falar em sustentabilidade deve-se pensar na humanidade e não nas nações individualmente.

O termo “necessidades artificiais ou intelectuais” acima identificado é citado por Gabriel Real Ferrer¹⁷. Enquanto que as necessidades vitais são entendidas como as necessidades biológicas do ser humano.

As “necessidades artificiais” dos seres humanos podem ser exemplificadas como sendo o conhecimento, a informação, o trabalho, o deslocamento rápido, entre outros.

Os seres humanos devem atender as próprias necessidades, sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem as suas próprias, conforme o Relatório Brundtland, ou documento “Nosso Futuro Comum” apresentado na Assembléia Geral da ONU em 1987. Tal documento originou o conceito de sustentabilidade como sendo a ação em que a elaboração de um produto ou desenvolvimento de um processo não deve comprometer as suas fontes, garantindo a reprodução de seus meios; conforme José Henrique Faria¹⁸.

A exploração dos recursos naturais, os investimentos e o desenvolvimento tecnológico adquiririam um sentido harmonioso na construção de um futuro justo, seguro e próspero, segundo Dalia Maimon¹⁹. Este raciocínio deve repercutir no comportamento individual e social a fim de buscar o desempenho ambiental na produção, gestão e distribuição do produtos de modo eficiente.

Anote-se que sustentabilidade e desenvolvimento sustentável são concepções diferentes. O desenvolvimento sustentável

¹⁷ FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. In: *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental (Pamplona, España)*, nº 1, 2002, págs. 26.

¹⁸ FARIA, José Henrique. Por uma Teoria Crítica da Sustentabilidade. In: NEVES, Lafaiete Santos (organizador). **Sustentabilidade – Anais de Textos Selecionados do V Seminário sobre Sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 17.

¹⁹ MAIMON, Dalia. **Passaporte Verde: gestão ambiental e competitividade**. Rio de Janeiro? Qualitymark editora, 1996, p. 9

consiste na limitação, ou seja, na regulamentação da sustentabilidade, enquanto a sustentabilidade consiste nas trocas de comportamentos necessárias a sobrevivência da humanidade e do meio ambiente, flexibilizando as noções de globalização e não globalização, crescimento ou decrescimento, desenvolvimento ou involução, conservação ou transformação.

Gabriel Real Ferrer²⁰, esclarece:

Recapitulando en esta dicotomía, en la noción de **Desarrollo Sostenible**, la sostenibilidad opera negativamente, se entiende como un límite: hay que desarrollarse (lo que implica conceptualmente crecer) pero de una determinada manera. Sin embargo, la **Sostenibilidad** es una noción positiva y altamente proactiva que supone la introducción de los cambios necesarios para que la sociedad planetaria, constituida por la Humanidad, sea capaz de perpetuarse indefinidamente en el tiempo. Sin prejuzgar si debe o no haber desarrollo (crecimiento), ni donde sí o donde no. En este sentido, uno de los rasgos esenciales de la sostenibilidad, y de las acciones que persiguen este objetivo, es la flexibilidad. (...) En el discurso dominante, muy propio de algunos sectores interesados en consolidar una determinada interpretación del desarrollo sostenible, lo que se nos plantea son una serie de opciones, aparentemente inexorables. O nos desarrollamos o volvemos a las cavernas. Pero esto no es así, con toda seguridad va a resultar preciso, a la vez, globalizar y desglobalizar, crecer y decrecer, desarrollar e involucionar, conservar y transformar.

Assim, a sustentabilidade na acepção positiva e proativa do termo é comportamento que se enfeixa em quatro partes a ambiental que assegura a sobrevivência dos sistemas naturais; a social que cria a nova arquitetura social, governança, inclusão e justiça social; a econômica que busca o equilíbrio entre a criação e a destruição da

²⁰ FERRER, Gabriel Real. **Sobre el Concepto de Sostenibilidad**. In: Seminário Los Principios Constitucionales y la Protección a la Vida, ministrado em 22 de maio de 2012 no Ayuntamiento de Alicante – Espanha, p. 5.

natureza e da distribuição de capital e; a tecnológica, a qual coloca a ciência e tecnologia a serviço de seu objetivo.

Este comportamento depende do câmbio cultural que pode ser entendido como o ponto de equilíbrio entre os paradigmas da liberdade e igualdade; baluartes do Estado Moderno.

Nas palavras de Carlos Josaphat²¹, a humanidade está vivendo uma nova fase de renascimento da esperança. Uma fase de integração de toda a família humana influenciada por fatores que, ao mesmo tempo em que favorecem a universalização dos valores fundamentais consubstanciados numa ética universal, são utilizados também para a expansão de privilégios injustos e ofensivos à dignidade humana.

E, como paradigma da humanidade, não há como falar em viabilidade da sustentabilidade sem pensar em um mínimo de dignidade do ser humano. Sustentabilidade como paradigma de aproximação dos diferentes valores culturais, a fim de permitir a sobrevivência digna do ser humano na natureza.

Na esfera econômica vivemos o comércio das corporações regido pelas leis de mercado. Mas conforme Carlos Josaphat²², apesar das resistências e das simulações mais ou menos sofisticadas, como a ideia de uma globalização aética, que seria decorrência inevitável das “leis de mercado” e de um insuperável “relativismo ético”, vem crescendo no mundo todo, a consciência da supremacia necessária dos valores éticos, pautados na defesa da dignidade humana, universalmente concebida.

Para alcançar este valor ético da dignidade da pessoa humana e o paradigma da sustentabilidade será necessário o diálogo entre os diferentes saberes, a fim de ajustar a lei e o poder à realidade atual.

²¹ JOSAPHAT, Carlos. **ÉTICA MUNDIAL esperança da humanidade globalizada**. Editora Vozes, Petrópolis: p.13.

²² JOSAPHAT, Carlos. **ÉTICA MUNDIAL esperança da humanidade globalizada**. Editora Vozes, Petrópolis: p.13-14.

Assim, importante investigar o diálogo entre o Direito e a Economia, sob o olhar do paradigma da Sustentabilidade Econômica.

3. A SUSTENTABILIDADE COMO MEDIADORA DO DIÁLOGO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA

O diálogo entre o Direito e a Economia é tarefa restrita no âmbito empírico ante o “(...) inescandível desconhecimento das regras formais do funcionamento do mercado pelo campo do Direito” conforme Alexandre de Moraes da Rosa²³. Entretanto, se tal diálogo for mediado pela sustentabilidade econômica talvez possamos alcançar um único discurso.

A análise do Estado Democrático de Direito sob o olhar do Garantismo Jurídico está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, como sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, descolados de uma compreensão essencialista para Alexandre Moraes da Rosa²⁴.

As regras legais, segundo o Direito, estão adequadas aos novos anseios da Pós-Modernidade. Entretanto, sob a perspectiva da Economia não se observa esta perspectiva otimista. Existem lacunas que precisam ser supridas e até que assim sejam, prevalece na prática o interesse patrimonial alimentado pelo consumismo.

²³ ROSA, Alexandre Moraes da. **Crítica ao Discurso da Law and Economics: a Exceção Econômica no Direito**. In: ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. 2ª edição revisada. Rio de Janeiro: Lumen Jorus. 2011, p. 89.

²⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. **Crítica ao Discurso da Law and Economics: a Exceção Econômica no Direito**. In: ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. 2ª edição revisada. Rio de Janeiro: Lumen Jorus. 2011, p. 15.

Sabine Schlemmer-Schulte²⁵ afirma que sob a ótica do Direito as regras existentes da política monetária internacional, financeira, comercial e de investimentos garantem a igualdade formal entre os países. Mas sob o ponto de vista da Economia existem muitas lacunas e assimetrias graves que não permitem o desenvolvimento dos países na nossa atual ordem econômica internacional.

Portanto, a falta de sincronia entre Direito e Economia faz com que observe-se o desequilíbrio completo entre os dois saberes, com ascendência do econômico sobre o jurídico, e com a prevalência da figura do mercado como referência paradigmática inquestionável graças ao consumo para a sociedade.

Alexandre Morais da Rosa e Júlio Cesar Marcellino Júnior²⁶, afirmam que a teoria da Análise Econômica do Direito constitui o que há de mais sofisticado atualmente no pensamento neoliberal. A partir desta concepção, as normas do direito civil são erigidas ao *status* de normas constitucionais, os direitos fundamentais são reclassificados como patrimoniais, e o juiz deixa de ser visto como *agente-garante* para assumir a condição daquele que aplica a norma sem refletir sobre ela, aplicação esta a serviço do mercado e da lógica da melhor alocação de riquezas. Por este caminho, a relação Direito e Economia se dá numa perspectiva instrumental, que desconsidera por completo a autonomia do jurídico.

A análise revisional de um contrato, por exemplo, deve atingir a sua função que entre outros fatores propõe a circulação de riquezas. Entretanto a circulação de riquezas deve ser pensada e aplicada segundo a sua função social e não somente individual.

²⁵ SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine. International Financial Institutions, WTO, and Social Ordering: Human Rights, Labor Standards, Environmental and Consumer Protection in the Global Economy.. In: NEVES, Marcelo (Coordenação). Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 310.

²⁶ ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012, p. 16

A fim de harmonizar os passos que embalam a valsa entre o Direito e a Economia é importante traçar algumas observações sobre o modelo político-econômico chamado neoliberal global.

Alexandre Morais da Rosa e Júlio Cesar Marcellino Júnior²⁷ esclarecem que o modelo político-econômico prevalecente é o chamado *neoliberal global*. Embora não seja homogêneo em todas as partes do globo consiste numa corrente de pensamento que surge no segundo pós-guerra, na Europa e Estados Unidos, onde predominava o capitalismo como sistema de organização social. Este modelo político-econômico se desenvolveu em três fases.

A gênese do pensamento neoliberal tem como marco doutrinário o texto O Caminho da Servidão, de Friedrich August Von Hayek, de 1944. Este texto constituiu um manifesto contra os Estados totalitários e contra qualquer limitação estatal dos mecanismos de mercado. Acrescentam Alexandre Morais da Rosa e Júlio Cesar Marcellino Júnior²⁸ que em 1944, já antevedendo a vitória bélica na Europa, os Estados Unidos mobilizaram 44 países para transmitir as novas orientações e diretrizes político-econômicas, legitimando, assim, a criação, que ocorreria logo depois, do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional. Essas instituições assumiriam papel de fundamental importância para a expansão planetária da primeira fase do neoliberalismo.

A segunda fase, seguindo ainda o pensamento de Alexandre Morais da Rosa e Júlio Cesar Marcellino Júnior²⁹, consolida-se a partir das décadas de 1970 e 1980, com a fragilização econômica decorrente da crise do modelo do Estado de bem-estar em 1973, com a denominada Crise do Petróleo que atingiu todo o mundo

²⁷ ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012, p. 15

²⁸ ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012, p. 18

²⁹ ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012, p. 18

capitalista avançado e numa longa recessão combinou baixo crescimento com alta de inflação. Destaca-se nesta fase também em 1979 e 1980 o início de políticas econômicas monetaristas impostas pelo governo para combater a inflação através do equilíbrio orçamentário, dando ênfase ao livre mercado, especialmente com Margareth Thatcher na Grã-Bretanha, e Ronald Reagan nos Estados Unidos. É também nessa fase que ocorrem as políticas de mercado para os países latino americanos que ofereciam recursos das agências financeiras internacionais exigindo em troca reformas neoliberais nos países aderentes. Surge o país pioneiro do ciclo neoliberal da história contemporânea: o Chile nos anos 70. Sob a dura ditadura de Pinochet, e seguindo as orientações econômicas de Milton Friedman, o Chile pôs em prática a primeira experiência ocidental do modelo econômico neoliberal.

A terceira fase ocorre na década de 1990, narram ainda Alexandre Morais da Rosa e Júlio Cesar Marcellino Júnior³⁰ marcada pela queda do muro de Berlim, e pelo movimento denominado *Consenso de Washington*, que radicalizou a política de condicionamento promovida pelas instituições financeiras internacionais. A partir de então, redefine-se que o neoliberalismo deveria alcançar nível planetário, forçando a derrubada de barreiras nacionais para o fluxo do capital dos países centrais através das privatizações e desregulamentação da economia. No Brasil a reforma gerencial de Estado promovida pelo governo Fernando Henrique Cardoso coloca em prática políticas privatizantes voltadas para a redução da máquina estatal. A partir do final da década de 1990 e início dos anos 2000 inicia-se a atual fase do neoliberalismo global, prevalece a especulação financeira, a degradação do trabalho, o aumento de investimento de recursos públicos e privados em segurança, e o mais alto nível de privatização do Estado, com a ‘terceirização’ do aparato de guerra e com a trans-

³⁰ ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais.** Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012, p. 18-20

ferência de recursos públicos para reduzir as externalidades do mercado, salvando bancos e grandes empresas. Neste modelo, o mercado é mitificado. Trata-se de uma ficção que exerce papel simbólico estratégico no imaginário coletivo. No projeto de globalização deste modelo político-econômico, tal figura tornou-se fundamental para legitimar a racionalidade econômica. Através do significado *liberdade*, o mercado representa o ambiente onde os “*homo oeconomicus*” se relacionam e interagem. Sempre movidos por uma razão que os conduzem a buscar e maximizar seus interesses, numa conduta despida de ética. Este é o movimento que legitima, segundo os autores do neoliberalismo, as relações humanas. Legitima a vida, na ideia de que vencem aqueles mais preparados para lidar com as adversidades do ambiente.

Por fim arrematam Alexandre Morais da Rosa e Júlio Cesar Marcellino Júnior³¹ que no Brasil da década de 90 até os dias de hoje o neoliberalismo se estabeleceu. Mesmo com expressivos avanços na área social e na redução do quadro de pobreza, a política econômica tem se mantido fiel às diretrizes desenvolvimentistas traçadas pelo Fundo Monetário Internacional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com toda sua carga compromissória e social chegou tarde. Previu um Estado Social para o Brasil quando já estava em curso o regime neoliberal. Foi implementado um duro modelo *desenvolvimentista*, que impunha ao país o ‘compromisso-dever’ de buscar incessantemente o estágio de desenvolvimento dos países centrais, antes de gozar das benesses do tão almejado e necessário *bem-estar social*.

Entretanto, o cotidiano se apresenta como espaço de transformação dos fenômenos culturais conforme Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino³². E a “cultura-mundo” traz o paradigma

³¹ ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012, p. 20

³² AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Rumo ao desconhecido: inquietações filosóficas e sociológicas sobre o direito na pós-modernidade. Itajaí: UNIVALI, 2011, p. 143.

da sustentabilidade para permear equilíbrio a liberdade, a fim de permitir a igualdade.

Ressaltam Sérgio Augustin, Natacha John e Fernanda Odorissi³³ que a Constituição da República Federativa do Brasil não abdicou do neoliberalismo global; pois edificada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. A ordem econômica inserta na Carta Maior determina a observância de princípios como a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, nos termos dos incisos do seu art. 170. Percebe-se, em função da livre iniciativa, a consagração da economia de mercado, evidenciando nitidamente a inspiração capitalista da constituinte de 1988, entretanto, mesclada com um forte cunho social, quando dispõe, juntamente com esta, a valorização do trabalho humano. Nota-se uma postura híbrida da nossa atual Constituição, que ora enfatiza um modelo de capitalismo neoliberal, ao mesmo tempo em que destaca um intervencionismo sistemático, demonstrando com isso vários elementos socializantes. Salienta-se que mesmo assim, ou seja, mesmo com a presença de tais elementos socializantes, a Constituinte de 1988 não deixa de caracterizar o modo de produção capitalista.

O ajuste entre Direito e Economia na Pós-Modernidade prescreve a necessidade do jurista e do economista pensar as relações jurídicas sob a ótica da sustentabilidade. E, impõe que a Governança também se ajuste a este pensar e agir.

Governança é termo oriundo de *governance*, expressão que surgiu a partir de reflexões conduzidas pelo Banco Mundial que pretende aprofundar o conhecimento das condições que garantem um Estado eficiente na esfera econômica, social e política

³³ AUGUSTIN, Sérgio; JOHN, Natacha; ODORISSI, Fernanda. **O princípio da função sócio ambiental da propriedade à luz da Constituição Federal de 1988.** In: BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Marcio Ricardo; SAVARIS, José Antonio; DUARTE, Maria Raquel(Org.). A Judicialização dos direitos versus acesso à justiça. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 47-49.

da gestão pública. O documento *Governance and Development* do Banco Mundial, formalizado em 1992 precisa a expressão como “exercício de autoridade, controle, administração, poder de governo. Alcindo Gonçalves³⁴ explica: “é a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando o desenvolvimento, implicando ainda a capacidade dos governos de planejar, formular e implementar políticas e cumprir funções.”

A análise do contexto jurídico global constitui, hoje, um ponto de partida comum e imprescindível, o qual toda a pesquisa jurídica é forçada a enfrentar; a necessidade de trabalhar novos paradigmas. Tal exigência metodológica e axiológica é, contemporaneamente, causa e consequência da progressiva perda de centralidade dos sistemas jurídicos estatais na regulação das relações, seja do direito público seja do direito privado explicam Maurizio Oliviero e Paulo Márcio Cruz³⁵.

Vivemos o momento de superação dos paradigmas do Estado Moderno que tinha as características da incontestabilidade da soberania e do monopólio da Justiça. Para poder exercer a sua função pública o Estado passa a flexibilizar tais características a fim de regular e aplicar normas.

Assim, a sustentabilidade como paradigma da Pós-Modernidade deverá compor o devir da governança e sustentabilidade na conexão entre Direito e Economia a fim de ajustar adequadamente a conduta individual e social às transformações ocorridas no meio ambiente, às transformações propiciadas pela globalização; à transformação da governança ambiental; à economia ecológica; frente às novas tecnologias diante da terceira

³⁴ GONÇALVES, Arlindo. **O Conceito de Governança**. In: Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI-Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Disponível em: <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf>. Acesso em 29 de agosto de 2013.

³⁵ OLIVIERO, Maurizio. CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. In: Novos Estudos Jurídicas. V. 17, n. 1 (2012) Disponível em <http://siajweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635>. Acesso em 15 de agosto de 2012.

revolução industrial e visualizando o futuro que nós queremos: através das redes de indignação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reflexão sobre o tema a “cultura-mundo” e a sustentabilidade como mediadora do diálogo entre Direito e Economia sob o olhar da governança e sustentabilidade faz refletir sobre a necessidade de ajustar a lei, os saberes e o poder à nova realidade como sugere Luiz Alberto Warat.

Esta nova realidade individual e social que se apresenta transcende aos limites territoriais, se estende por meios virtuais e transforma o cidadão nacional em cidadão do mundo. Realidade que permite a coexistência multicultural na esfera étnica, política, religiosa; e que se caracteriza por ser uma cultura global, a globalização, a “cultura-mundo”.

Esta “cultura-mundo” exige que a civilização passe por um *upgrade*. Que transforme o seu modo de pensar e agir individual e materialista. Que consiga suprir as suas próprias necessidades vitais e intelectuais sem destruir o meio ambiente, garantindo que as próximas gerações também possam subsistir satisfazendo as próprias necessidades do mesmo modo. E, para tanto terá a civilização que tornar o mundo mais solidário e humano.

O desafio que se apresenta é a implementação do câmbio da forma de pensar e agir da Modernidade para a Pós-Modernidade. Tal desiderato poderá ser colocado em prática através do paradigma da sustentabilidade.

Parece que o maior empecilho à concretização da mudança é a Economia, representada pelo método político-econômico neoliberalismo global. Método que pretende a privatização e desregulamentação da Economia, entendendo que o Direito regulatório é um problema para a expansão de mercado e consumo. Em contrapartida o Direito tem dificuldade de regular tal método político-econômico, pois os saberes, na atualidade, são

fragmentados; e para regulamentação do neoliberalismo global, faz-se necessário o diálogo entre o Direito e a Economia.

E a discussão de dois saberes tão distintos poderá partir de modo eficaz da sustentabilidade. Paradigma Pós-Moderno que ultrapassa a esfera jurídica por si só e que se amolda sob quatro feixes: o ambiental, o social, o econômico e o tecnológico.

A lei poderá ser criada e aplicada através desta nova forma de pensar e agir do ser humano, que conecta os diferentes saberes e mostra o caminho para o poder, através da governança, planejar políticas públicas e cumprir suas funções para alcançar a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável local e global.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Rumo ao desconhecido: inquietações filosóficas e sociológicas sobre o direito na pós-modernidade. Itajaí: UNIVALI, 2011.

AUGUSTIN, Sérgio; JOHN, Natacha; ODORISSI, Fernanda. **O princípio da função sócio ambiental da propriedade à luz da Constituição Federal de 1988.** In: BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Marcio Ricardo; SAVARIS, José Antonio; DUARTE, Maria Raquel(Org.). A Judicialização dos direitos versus acesso à justiça. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 47-49.

FARIA, José Henrique. Por uma Teoria Crítica da Sustentabilidade. In: NEVES, Lafaiete Santos (organizador). **Sustentabilidade – Anais de Textos Seleccionados do V Seminário sobre Sustentabilidade.** Curitiba: Juruá, 2011.

FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental.** In: *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental (Pamplona, España)*, nº 1, 2002.

FERRER, Gabriel Real. **Sobre el Concepto de Sostenibilidad.** In: Seminário Los Principios Constitucionales y la Protección a la Vida, ministrado em 22 de maio de 2012 no Ayuntamiento de Alicante – Espanha.

GONÇALVES, Arlindo. **O Conceito de Governança**. *In*: Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI-Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Disponível em:

<http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf>. Acesso em 29 de agosto de 2013.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica**. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos - Vol. 13 - n. 2 - p. 9-21 / jul-dez 2008. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1437/1140>. Acesso em 03 de agosto de 2013.

JOSAPHAT, Carlos. **ÉTICA MUNDIAL esperança da humanidade globalizada**. Petrópolis: Editora Vozes. 2010.

LIPOVETSKY, Gilles; JUVIN, Hervé. **El Occidente globalizado: un debate sobre la cultura planetaria**. Tradución de Antonio-Prometeo Moya. Barcelona: Editorial Anagrama, 2011. Título original: L'Occident mondialisé, p. 13-19.

MAIMON, Dalia. **Passaporte Verde: gestão ambiental e competitividade**. Rio de Janeiro? Qualitymark editora, 1996.

MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand. 2013.

OLIVIERO, Maurizio. CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. *In*: Novos Estudos Jurídicas. V. 17, n. 1 (2012) Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635>. Acesso em 15 de agosto de 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. **Crítica ao Discurso da Law and Economics: a Exceção Econômica no Direito**. *In*: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. 2ª edição revisada. Rio de Janeiro: Lumen Jorus. 2011.

ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais. Itajaí: UNIVALI/FAPESC. 2012.

SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine. International Financial Institutions, WTO, and Social Ordering: Human Rights, Labor Standards, Environmental and Consumer Protection in the Global Economy.. *In*: NEVES, Marcelo (Coordenação). Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004.

ORDEM ECONÔMICA E MEIO AMBIENTE NO BRASIL: ELEMENTOS TEÓRICOS E FUNDAMENTAIS À SOLUÇÃO DE CASOS JUDICIAIS CONCRETOS.¹

Rogério Gesta Leal²

I – Notas Introdutórias

Pretendo neste ensaio abordar o tema da relação entre meio ambiente e ordem econômica no Brasil, notadamente para os fins de estabelecer como isto dever ser levado em consideração na decisão de casos judiciais concretos que envolvam bens e interesses ambientais e econômicos. Para tanto, vou tecer algumas considerações preambulares sobre o tratamento normativo que é dado ao meio ambiente na ordem constitucional e como

¹ Trabalho preparado para ser publicado no livro *Médio Ambiente y Justicia*, editado pela Asociación Andaluza de Derecho, Médio Ambiente y Desarrollo Sostenible, sob a direção do Prof. Dr. Álvaro Sánchez Bravo.

² Rogério Gesta Leal é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito, Professor da UNISC e UNOESC. Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira.

isto se conecta à ordem econômica, após o que serão constituídas algumas ferramentas argumentativas para auxiliar o deslinde de conflitos que possam se estabelecer no particular, apresentando, no particular, um caso judicial que teve oportunidade de julgar no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul-Brasil.

II – Meio ambiente, ordem econômica e Constituição: prognósticos do sistema jurídico brasileiro orientado pelos Direitos Fundamentais e sua dimensão ambiental.

Estou convencido, com outros filósofos e juristas no Ocidente, que há uma relação interna e condicionante – e não simplesmente histórica e contingente associação – entre as normas jurídicas e a democracia (com suas representações institucionais), assim como ocorre com a relação entre as previsões formais de equidade e suas dimensões materiais, caso contrário se esvaziaria o próprio sentido do sistema jurídico como um todo³. Tal relação evidencia-se no âmbito do conceito de lei como resultado de procedimentos que veiculam os interesses sociais pela via da comunicação e interlocução dos sujeitos afetados pela norma, pondo-se como mais democrático aqueles procedimentos que mais se aproximam da manifestação da vontade popular direta.

A legal order is legitimate to the extent that it secures the equally fundamental private and civic autonomy of its citizens; but at the same time it owes its legitimacy to the forms of communication which are essential for this autonomy to express and preserve itself. That is the key to a proceduralist conception of law⁴.

³ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998, p.47.

⁴ Cf. HABERMAS, *Between facts and norms, op. cit.*, p. 493. Tal perspectiva se afasta da assertiva de que as teses de Habermas pretendem instituir uma salvaguarda às

Mas como se estabelece a relação entre a manifestação da vontade social em face do sistema jurídico que a regula no dia a dia de seu evolover? Dá-se pela via da transmutação desta vontade em códigos normativos constitucionais e infraconstitucionais (tanto princípios como regras). Tais comandos vinculantes estabelecem, em caráter exemplificativo, as possibilidades emancipatórias do convívio social, ratificando suas funções civilizatórias e compromissórias à inclusão dos sujeitos de direitos na ambiência do tecido social.

Estou dizendo que as normas insertas no sistema jurídico vigente, enquanto deontológicas, seja na forma de princípios ou regras, constituem um momento objetificante das normas axiológicas previamente demarcadas pelo processo político e legislativo legítimo da manifestação de vontade da soberania popular, identificando as eleições comunitárias atinentes à vida que desejam partilhar, a partir, por óbvio, dos pressupostos mínimos existentes para tanto (constituídos por esta mesma Soberania), a saber: *the basic rights to conditions of live which are socially, technically and ecologically secure to the degree necessary for equal ability to make use of rights*⁵.

Neste sentido, mister é que se identifique de que maneira tais parâmetros normativos abordam o tema do meio ambiente, objeto deste estudo particular.

relações sociais que não é de ordem jurídica, o que implicaria uma autonomia da Sociedade diante do Direito (como quer STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.176, isto porque, na realidade, quaisquer salvaguardas – institucionais ou não – dos sujeitos de direito são trabalhadas pelo filósofo tedesco numa acepção epistemológico-argumentativa, tomando como pressuposto lógico-constitutivo o seu processo/procedimento de construção, bem como a forma de operacionalização individual e coletiva delas, reciprocamente condicionadas pela necessidade de justificação e fundamentação racional-comunicativa. Assim, é óbvio que é a ordem jurídica legitimamente forjada por consensos comunicativos que garante a autonomia não diretamente da sociedade, mas dos sujeitos que a constituem (os quais, por sua vez, ensinam a formação de um modelo de Sociedade historicamente situada e compromissada, axiológica e deontologicamente).

⁵ Conforme HABERMAS, Jürgen. *Postscript to Between Facts and Norms*. In New York University Law Journal, E. 154. New York University Press, sep. 2004, p. 50.

De pronto importa referir que qualquer sistema jurídico ocidental pode ser tomado em, pelo menos e preambularmente, duas acepções: a gramatical (em face de seus enunciados que pretensamente estão racionalmente constituídos e concatenados), e a pragmática (enquanto projeção empírica de seus comandos sobre a realidade circundante do cotidiano das pessoas). Daí que se diz que o sistema jurídico é sempre o que ele expressa e a sua *testificação empiriocriticista*⁶ – haja vista a complexidade do processo relacional que ele mantém com a conjuntura incontável do tempo e do espaço em que opera. Em face disto, pode-se sustentar que as formas de interpretação e aplicação do sistema jurídico assim concebido devem ter presente a criação de condições para que a norma interpretada e aplicada ao caso concreto tenha eficácia (temporal e espacial), sempre no sentido da realização dos elementos axiológicos que o fundaram e que vinculam a todos sob sua égide.

Estou asseverando que de nada adianta a aplicação de norma que venha a ser absolutamente desconectada de uma realidade histórica que não mais comporta aquela interpretação, ou que não leve em conta o universo de variáveis que estão presentes empiricamente no caso. Entretanto, o oposto não pode ocorrer, que seria o intérprete responsável pela aplicação da norma ao caso concreto deixar de dar o seu correto direcionamento valorativo, oferecido pela Constituição, especialmente por seus princípios fundamentais.

De outro lado, a noção de sistema jurídico que tomo como base aqui, precisa ser sempre relevada na dicção do que sustentava Savigny⁷, no sentido de permanentemente lembrar a necessária concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito a uma grande unidade ordenadora das relações sociais.

⁶ VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p.118.

⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Turim: Daltricce, 1960, pág.118.

Tal unidade sistêmica tem, por sua vez, à luz do que dispõe Robert Alexy⁸, três níveis, que se constituem em: ‘regras’, ‘princípios’ e ‘procedimentos’; fundadas, pois, na idéia da razão prática do direito, passível de controle e constituição dialógica pelos atores atingidos ou envolvidos em qualquer relação intersubjetiva decisional sobre interesses e pretensões, privadas e públicas.

Hay que excluir un legalismo estrictamente orientado por las reglas. Por razones de racionalidad práctica, es irrenunciable la presencia de principios y con ello - dicho con otra terminología - de valores en el sistema jurídico. En un Estado constitucional democrático, los principios tienen si no exclusivamente sí en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución.⁹

Quando o sistema jurídico brasileiro fala do meio ambiente, o faz pela via de dispositivos de natureza principiológica e regratória, alguns inscritos no art.225, da Constituição Federal de 1988, bem como em outros comandos dispersos tanto na Carta Política como na legislação infraconstitucional, que orientam a interpretação e aplicação da legislação e também da política ambiental, dentre os quais posso destacar os seguintes: o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilização, e o princípio da cooperação ou da participação¹⁰. Estes princípios, só para dizer o mínimo, estão condensados, ao lado de outros, nas disposições normativas federais, estaduais e municipais brasileiras atinentes à espécie.

Decorre daqui a tese de que a política ambiental não prescinde apenas da atuação do poder público, mas de ações solidariamente responsáveis que envolvam tanto o Estado quanto a coletividade, pois:

[...] os administradores, de meros beneficiários do exercício da função ambiental pelo Estado que eram passam a ocupar a

⁸ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, pág.174.

⁹ Idem, pág.176.

¹⁰ Como quer DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonada, 2002, p. 164 e seguintes.

posição de destinatários do dever poder de desenvolver comportamentos positivos, visando àqueles fins. Assim, o traço que distingue a função ambiental pública das demais funções estatais é a não exclusividade do seu exercício pelo Estado.¹¹

De outro lado, qualquer política ambiental tem de levar em conta: 1) a adoção de medidas preventivo-antecipatórias em vez de medidas repressivo-mediadoras; 2) o controle da poluição na fonte, ou seja, na origem (especial e temporal); 3) quanto à polícia do ambiente, esta deve ser exercida no sentido de obrigar o poluidor a corrigir e recuperar o ambiente¹².

Mas de que meio ambiente trata o sistema jurídico brasileiro? É comum se afirmar que o conceito de meio ambiente nos últimos anos tem obtido ampliação significativa, inclusive em termos de espécies distintas mas integradas, tais como meio ambiente natural e meio ambiente artificial, que, por seu vez, se subdivide em meio ambiente artificial ou urbano, meio ambiente cultural, meio ambiente do trabalho, dentre outras classificações que poderiam ser agregadas. Nesta direção, o meio ambiente artificial diz com a criação humana material e intelectual, o patrimônio histórico e o meio ambiente do trabalho humano – onde são tutelados bens atinentes à saúde e à segurança do trabalhador, cabendo ao empregador, - por meio do método preventivo e de maneira objetiva -, arcar com o risco inerente às atividades desenvolvidas pelo empregado.

Já no que tange à relação do meio ambiente com a ordem econômica, importa observar o que está disposto no art.170, da Constituição Federal, modificado pelos termos da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, no sentido de que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observa-

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.119.

¹² CANOTILHO, J. *Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais*. In Boletim da Faculdade de Direito.Coimbra, v. 9, 1993. p. 47.

dos, dentre outros princípios, o estabelecido no inciso VI, a saber: *defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*.¹³

Nada mais coerente do que esta modificação impressa pela Emenda Constitucional referida, em face da prioridade que a ordem econômica dá ao asseguramento a todos de existência digna, o que não existe sem um meio ambiente ecologicamente equilibrado, possibilitando a sadia qualidade de vida de todos.¹⁴

Por estas razões é que o próprio conceito de dano ambiental também restou ampliado, para atender os multifacetados caracteres do conceito de meio ambiente referidos. Assim é que a doutrina insiste com o fato de que *dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação - alteração adversa ou in pejus - do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida*.¹⁵ De outro lado, os recursos ambientais sob a perspectiva normativa, consoante os termos do art. 3º, inc. V, da Lei Federal nº 6.938/1981, são: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Daí que Paulo Affonso Leme Machado define o dano ambiental como aquele sofrido pelo conjunto do meio natural ou por um de seus componentes, levado em conta como patrimônio coletivo, independentemente de suas repercussões sobre pessoas e bens. É a lesão (alteração, prejuízo de um fator ambi-

¹³ Faço uma abordagem ampliada desta discussão em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹⁴ Portanto, destoando da orientação economicista de COASE, Ronald Henry. *The problem of social cost*. In *Journal of Law and Economics*. 3(1), 1. 1960, p.16. para quem, por mais que se fixasse legalmente o direito de um condomínio exigir medidas ambientalistas de uma fábrica que estivesse poluindo o ambiente vivido, se os custos de remoção do condomínio fossem inferiores aos custos de tais medidas, a fábrica deveria pagar aos condôminos para que se mudassem, ao invés de reduzir seus níveis de poluição.

¹⁵ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 421-2. Ver também o excelente texto de BACHELET, Michel. *Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

ental ou ecológico, ar, água, solo, floresta, clima etc.), que gera uma modificação - para pior - da condição de equilíbrio ecológico do ecossistema local ou abrangente.¹⁶

Decorre daí as preocupações com a questão, por exemplo, da sustentabilidade, aqui entendida fundamentalmente nas suas dimensões: (a) social, verdadeira finalidade do desenvolvimento; (b) a cultural; (c) do meio ambiente, e a (d) econômica.

Neste particular, é preciso atentar para o fato de que a estas questões estão associadas tantas outras, como a distribuição territorial equilibrada de assentamentos humanos e atividades, afigurando-se a sustentabilidade econômica não como condição prévia para as anteriores, mas variável que tem de ser mensurada contingencialmente tendo em conta as demais sustentabilidades; estão presentes aqui também questões relativas à existência ou falta de governabilidade política e a geração de políticas públicas curativas e preventivas das sustentabilidades referidas.¹⁷

Por tais razões que Henrique Leff insiste no fato de que o princípio de sustentabilidade surge como uma resposta à fratura da razão modernizadora e como uma condição para construir uma nova racionalidade produtiva, fundada no potencial ecológico e em novos sentidos de civilização a partir da diversidade cultural do gênero humano.¹⁸ Da mesma forma o magistrado federal Zenildo Bodnar refere que esta sustentabilidade deve ser entendida como imperativo ético tridimensional: implementado em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em sintonia com natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e com os elementos abióticos que lhe dão sustentação.¹⁹

¹⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.118. Ver igualmente o trabalho de FREITAS, Vladimir Passos de (org.) *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.

¹⁷ Ver o texto de SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

¹⁸ LEFF, Henrique. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 31.

¹⁹ BODNAR, Zenildo. Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade. P.06. Texto virtual, enviado pelo autor em 15/04/2009. No mesmo texto ainda

Em face destes elementos a doutrina especializada brasileira tem se referido à importância de um outro princípio, o da **precaução**, como um dos principais orientadores das políticas ambientais, além de ser elemento estruturante do direito ambiental.

No Direito Positivo Brasileiro, o Princípio da Precaução tem seu fundamento na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), mais especificadamente no seu artigo 4º, I e IV, que expressa a necessidade de haver um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização dos recursos naturais, e também introduz a avaliação do impacto ambiental como requisito para a instalação da atividade industrial.

A Constituição Federal vigente, da mesma forma, incorporou o Princípio da Precaução em seu artigo 225, § 1º, V, ao asseverar que *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 preservá-lo para as presentes e futuras gerações*.

Tais perspectivas estão a impor ao Estado e à coletividade uma nova postura e comportamento em relação às questões ambientais, pois tais princípios exigem que sejam adotadas medidas ambientais que, num primeiro momento, obstem o início de uma atividade potencialmente e/ou lesiva ao meio ambiente, atuando também quando o dano ambiental já está concretizado, para que os efeitos danosos sejam minimizados ou cessados.

Assim, conforme Antunes²⁰, a precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a pre-

adverte o autor: A sustentabilidade deve ser compreendida e operacionalizada numa tríplice dimensão: ecológica, econômica e social. Deve representar não apenas a garantia da manutenção futura dos bens ambientais, mas também a melhora das condições gerais de vida para as futuras gerações. Esta é uma imposição peremptória do princípio da equidade intergeracional.

²⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 79 e seguintes. Da mesma forma MACHADO, Paulo Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 57.

venção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo.

Esta nova dimensão do direito ambiental com seus elementos normativos postos tem inaugurado ações administrativas e judiciais preventivas que não se limitam à eliminação dos efeitos lesivos ao meio ambiente, mas antecipam e previnem a ocorrência de uma atividade potencialmente danosa.

Precaução é cuidado. O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade.²¹

A partir da idéia de precaução, consagra-se o critério da probabilidade na tomada de decisões que envolvam a questão ambiental, em detrimento do critério da certeza. Ou seja, enquanto que ao demandado incumbe o dever de demonstrar, efetivamente, que a atividade desenvolvida não é lesiva ao meio ambiente, exigindo-se, portanto, certeza absoluta da inofensividade de sua prática, ao demandante cabe demonstrar que há probabilidade da ocorrência do dano.

No manejo deste sistema jurídico, entretanto, importa ter presente alguns critérios de aplicação das normas (regras e princípios), por procedimentos racionais e controláveis, dentre os quais quero destacar o da ponderação dos interesses envolvidos. Tem-se, então, na dicção de Suzana Toledo, que:

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável.

²¹ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonada, 2002, p.167.

Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo.²²

Há uma abordagem interessante neste sentido, e mais estrita, do Virgílio da Silva, no sentido de que a proporcionalidade e a razoabilidade são instrumentos diferentes, seja por sua origem histórica ou modo de operação, e esta diferenciação deve ser levada em consideração, na medida em que a aplicação de um ou de outro método traduzem conseqüências distintas. A regra da proporcionalidade, enquanto desdobramento lógico da estrutura dos direitos fundamentais, deveria ser aplicada de forma estruturada, a partir do exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, em sua visão, ela exigiria um rigor argumentativo muito maior que o da razoabilidade, em que simplesmente se verificaria a compatibilidade entre meios e fins da medida estatal.²³

Virgílio, fazendo uma adequada crítica a determinadas posições do próprio Supremo Tribunal Federal, lembra que a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico e não sistemático. *Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula 'a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional'. (...) Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.*²⁴

²² BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília jurídica, 2000, pág. 172.

²³ In AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais. 798, (2002): 23-50; ---- *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1(2003): 607-630.

²⁴ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais. 798, (2002): p.31.

É com base neste racionalismo objetivo que Canotilho assevera que as idéias de ponderação (*Abwägung*) ou de balanceamento (*Balancing*), surgem em todo o lado onde haja necessidade de encontrar o direito para resolver casos de tensão (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos.²⁵

Aqui é que o enquadramento sistêmico-constitucional ganha fôlego na solução do caso concreto, mediado pela interpretação do operador do direito, para dar relevo à idéia de que,

no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.²⁶

A partir daqui, quero tratar de um caso paradigmático em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve de enfrentar vários aspectos do meio ambiente e da ordem econômica para solver situações que – aparentemente – poderiam redundar em situações periclitantes a direitos individuais e coletivos.

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, pág. 1174. Ver também o texto CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*. In CANOTILHO, Joaquim José Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Ambiental Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁶ Idem, pág.1.179. Na mesma direção ver o texto de BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira*. In CANOTILHO, Joaquim José Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Ambiental Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

III – Caso

O caso concreto que submeto à testificação dos argumentos construídos acima envolve Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público, nos autos da Ação Civil Pública proposta contra Município gaúcho e empresa nele estabelecido²⁷, em face da decisão assim exarada:

Conforme já declarado na decisão de fl.196, mantida pelo egrégio Tribunal de Justiça (fl.254), “a exigência legal de tratamento dos despejos domésticos parece ter sido cumprida (adoção do sistema de fossa séptica – decreto nº 23.430/74, art. 106) e ainda não há prova do descumprimento das condições previstas no art. 108 do mesmo diploma)”. O ônus da prova, portanto, incumbe ao autor. Digam o autor e a ré se têm interesse em produzir outras provas, em 05 dias. (...).

Nas suas razões, o agravante argumentou que a ação civil proposta visa à indenização e a obrigação de fazer relativa ao suposto impacto ambiental decorrente da venda das unidades condominiais e, segundo os elementos constantes nos autos da referida ação, o efluente doméstico proveniente do conjunto é depositado diretamente em Arroio que cruza a cidade e de onde se faz a captação para abastecimento da população.

Diga-se de pronto que o ora Agravante já havia postulado, quando da interposição da exordial, liminarmente: (a) a proibição de comercialização das unidades habitacionais, sem que os esgotos produzidos nas futuras construções fossem encaminhados ao tratamento adequado, (b) que a segunda agravada realizasse, as suas expensas, o *recall* das unidades habitacionais no referido condomínio, (c) a fixação de multa de R\$1.000,00 (hum mil reais) por dia de atraso no prazo estabelecido para implementação do *recall* e multa de R\$10.000,00 (dez mil reais),

²⁷ No âmbito do Agravo de Instrumento nº70015155823, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de minha relatoria.

por unidade habitacional comercializada, sem a adoção das providências anteriores.

Tais perquirições foram indeferidas na época e, interposto agravo de instrumento, a decisão foi mantida pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que, diante da relevância e complexidade da demanda, se impunha a dilação probatória.

Em novo Agravo de Instrumento, sustentou o cabimento da inversão do ônus da prova, eis que o caso em debate se enquadrava no que dispõe o art. 6º, art.12, e seguintes, do Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à responsabilidade dos fatos danosos decorrentes dos produtos ou serviços, bem como nos termos do art. 17, do mesmo diploma legal, uma vez que, para o caso em questão, podem ser considerados como consumidores todas as vítimas de possível evento danoso ao meio ambiente. Destacou que a inversão do ônus da prova deve ser adotado quando há verossimilhança ou hipossuficiência e, na espécie, a primeira restou demonstrada pelos elementos já constantes nos autos, enquanto que a segunda restou configurada na medida em que, mantida a decisão atacada, não teria o agravante a possibilidade de arcar com os honorários periciais.

Requeru a concessão do efeito suspensivo para determinar a suspensão da instrução processual, a fim de que a instituição autora não restasse submetida a litigar e revelar sua estratégia de posicionamento em situação na qual não lhe foi garantida vantagem processual a que teria direito. No mérito, postulou o provimento do apelo para que fosse determinada a inversão do ônus da prova em face dos fatos a serem provados, a saber: a regularidade do sistema de recepção de esgoto de seu empreendimento imobiliário, bem como que o seu funcionamento não geraria qualquer sorte de degradação ambiental.

O problema central, pois, diz respeito à adequação de sistema de esgoto cloacal de condomínio residencial em comarca do interior do Estado do Rio Grande do Sul, bem como a condenação dos agravados em indenizar os danos ambientais causados. Em face disto, a problemática que surge é em relação às

condições e possibilidades de se constituírem os elementos probatórios necessários à verificação da existência ou não de perigo ambiental no empreendimento imobiliário vergastado, e quem deveria produzi-la. Para o enfrentamento de tal questão, importa se fazer algumas considerações.

Registre-se que, desde o informe da Patrulhamento Ambiental (Patran) que trouxe à colação os primeiros dados do ocorrido, o que existe de concreto em termos de potencial lesividade ao meio ambiente é o despejo do esgoto sanitário proveniente de Condomínio Residencial junto ao nominado Arroio Duro, por meio de tubulação sem qualquer tipo de tratamento de dejetos. Há documentos do Município nos autos dando conta de que este Condomínio possui rede de esgoto *servido por tratamento primário com fossa séptica*, sendo este o **tratamento usual da rede de esgotos públicos em todos os bairros da cidade**. Por outro lado, é o próprio Ministério Público que constatou, em sua investigação, que *de acordo com o projeto protocolizado na prefeitura, e que foi rigorosamente cumprido, cada apartamento é dotado de uma fossa séptica que recebe toda água utilizada em sanitário, pias e outros. Essa fossa séptica se liga ao coletor público.*²⁸

Assim, até aquele momento processual, não havia sequer indício de qual o impacto ambiental que poderia decorrer daquele despejo noticiado. Todavia, cumpre levar em conta que, consoante informações prestadas pela empresa envolvida e pela municipalidade, não contestadas pelo Ministério Público: (a) não são indicados que recursos hídricos estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, inexistindo projeção quantitativa do dano lá sinalizado; (b) no nominado Arroio Duro deságuam igualmente águas de outros Bairros da cidade; (c) a comunidade não possui rede autônoma para escoamento de efluentes pluvial e cloacal, sendo ela mista; (d) o receptor de águas para o fornecimento à comunidade não é atingido em face dos despejos sob comento, eis que o receptor dos recursos hí-

²⁸ Relato do Ministério Público no feito.

dricos para tal desiderato encontra-se localizado em outro lugar, no alto da barragem do Arroio Duro, vários quilômetros antes e acima da zona urbana; (e) o referido arroio, no trecho em que ocorre colocação dos dejetos, não está em seu estado natural. Há muitos anos, por interesse econômico e para controle das cheias, o Arroio teve seu curso alterado e foi integralmente canalizado. Na zona urbana o Arroio é um canal. Repita-se: com a abertura das comportas as águas ficam totalmente limpas.

Estes fatos trazidos aos autos, melhor cotejados, impuseram um questionamento neural à solução da controvérsia do Agravo: (1) Em nome do princípio da precaução à proteção do meio ambiente ora envolvido, que tipo de elementos probatórios iniciais devem existir a viabilizar a sindicabilidade jurisdicional postulada pelo Ministério Público? (2) Como se podem alcançar níveis maiores de certeza da ameaça ao bem juridicamente tutelado? (3) Que impactos econômicos podem decorrer desta decisão e para o próprio empreendimento e Município? Passo a responder tais questionamentos.

(1) Os elementos necessários à ativação legítima da tutela jurisdicional do Estado no que tange à proteção de bem jurídico fundamental como o meio ambiente é aquele que dá indícios de sua lesão ou ameaça de lesão, consoante preleciona a própria Constituição Federal, nos seus art.5º, XXXVI, art.225, e seguintes, sendo cada caso concreto o responsável pela densificação material de tais possibilidades. De outro lado, este bem jurídico efetivamente se apresenta como relacionado diretamente ao que tem se chamado de interesse difuso ou coletivo, regulado, por exemplo, pelos termos do art.90, do Código de Defesa do Consumidor, e pelo art.21, da Ação Civil Pública.

Inexistindo no sistema jurídico brasileiro, acertadamente, um rol identificador exaustivo daqueles interesses, eles podem ser compreendidos em face das naturezas indivisível e indisponível que possuem, figurando como seus titulares pessoas inde-

terminadas e ligadas por circunstâncias de fato²⁹, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso.

Tais elementos e considerações fizeram com que o magistrado de primeiro grau acolhesse a pretensão de aferir as matérias ventiladas na ação civil pública, pois atendidas as configurações delineadas acima.

(2) Para o desenvolvimento regular do feito, no intento de alcançar níveis maiores de certeza sobre as ameaças ao meio ambiente sinalizadas, entendeu por bem o mesmo magistrado a não deferir a inversão do ônus da prova pretendida pelo *Parquet*, o que me parece, no caso, inadequado, a uma, pelos fatos trazidos ao processo por todas as partes, gerando dúvidas sobre, por exemplo: (a) quais os recursos hídricos que estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, considerando que existe o despejo de produtos poluentes no Arroio que abastece de águas a comunidade? (b) o que implica, no caso, a comunidade não possuir rede autônoma para escoamento de efluentes pluvial e cloacal? (c) afinal, o receptor de águas para o fornecimento à comunidade é ou não atingido em face dos despejos sob comento? (d) o fato de o Arroio Duro ter tido o seu curso alterado e ter sido canalizado, afasta a potencial lesividade ao meio ambiente envolvido?

A duas, porque é do interesse público, da mesma forma indisponível e indivisível, que sejam tais questões, e outras pertinentes à espécie, elucidadas no feito, o que só poderá se dar com elementos probatórios a serem produzidos na instrução. A responsabilidade para fazê-lo, em meu sentir, era dos sujeitos passivos da ação civil pública, até em face da preliminar caracterização de responsabilidade que possuem aqui.

(3) Mas e os impactos econômicos significativos que podem advir deste cenário de inviabilização da iniciativa edilícia que se apresenta no feito? E as pessoas que já adquiriram seus imóveis para neles residir? E a empresa que – empregando muitos – tem

²⁹ Nos termos do art.81, §1º, do Código de Defesa do Consumidor.

que responder não só para com as condições do condomínio, mas também com eventuais indenizações por atrasos de obras e outras medidas de regularidade ambiental/processual? Qual o limite de suportabilidade do meio ambiente e das pessoas envolvidas à solução do caso concreto?

Veja-se que na relação Estado e Sociedade deve-se garantir tanto a liberdade individual do cidadão quanto a integridade do meio ambiente, estabelecendo diretrizes e instrumentos que possibilitem a “apropriação” e a “transformação” da natureza com vistas à sua proteção e manutenção do equilíbrio ecológico³⁰. Nesta direção, já a Declaração do Rio de Janeiro adotou, em seu dispositivo nº 16, o Princípio do Poluidor-Pagador, ao afirmar que: *As autoridades nacionais devem procurar assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de quem contamina, deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, levando-se em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.*³¹

No Brasil, a Lei 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, também adotou o referido princípio, ao apontar como uma das finalidades da Política Nacional do Meio Ambiente a imposição ao usuário, da contribuição pela utilização dos recursos ambientais com fins econômicos e da imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

Além disso, o Princípio do Poluidor-Pagador fora recepcionado pela Constituição Federal no seu art. 225, parágrafo 3º, que prescreve: *As atividades e condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*

No plano internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio da Recomendação C(72), 128, de 28 de maio de 1972, incorporou formal-

³⁰ Conforme o trabalho de MIRRA. *Princípios fundamentais do direito ambiental*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo, 1996.

³¹ ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 31.

mente o Princípio do Poluidor-Pagador. Mais tarde, por força do Ato Único Europeu, os ordenamentos jurídicos de todos países da comunidade europeia e também o Conselho da Europa aceitaram o Princípio do Poluidor-Pagador³².

Tendo este princípio um caráter econômico destacado, porque imputa ao poluidor os custos decorrentes da atividade poluente, para a otimização dos seus resultados positivos na proteção do meio ambiente é preciso que ele seja operado com bom senso econômico, jurídico e político, haja vista que implica custos às medidas de prevenção e controle da poluição, para estimular a utilização racional dos recursos ambientais escassos, e para evitar distorções ao comércio e aos investimentos internacionais.

Quero dizer com isto que, na prática, os custos de controle da poluição que surgem devido à regulamentação ambiental devem ser suportados pelo poluidor e pelo empreendimento poluidor, envolvendo todos aqueles que estão vinculados – direta e indiretamente³³ - a ele, pois a sociedade não deve arcar diretamente e sózinha com as obrigações decorrentes da proteção do ambiente.

Para se aferir tais situações, o sistema jurídico brasileiro, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor em algumas situações como estas que analiso, em que se afigura difícil ao meio ambiente e à Sociedade a prova do fato constitutivo do seu direito, o que é exigido nos termos do art. 333, do CPC, criou a

³² Conforme ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor-pagador : pedra angular da política comunitária do ambiente*. São Paulo: Coimbra, 1997, p.27. O objetivo do princípio do poluidor pagador é fazer não apenas com que os custos das medidas de proteção do meio ambiente (as externalidades ambientais) –sejam suportados pelos agentes que as originaram, mas também que haja a correção e/ou eliminação das fontes potencialmente poluidoras. Resumidamente, o Princípio do Poluidor-Pagador tem três funções primordiais: a de prevenção, reparação e a de internalização e redistribuição dos custos ambientais.

³³ Estou me referindo, no caso, à responsabilidade do Poder Público local, que autorizou a obra, com os seus licenciamentos respectivos, na perspectiva, por certo, de rentabilidades fiscais futuras. Sobre esta perspectiva, ver meu livro LÉAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

possibilidade da inversão do ônus da prova, notadamente quando presente a verossimilhança das alegações *sub judice*, deixando a critério do juiz exigir que o fornecedor prove o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito que lhe é oposto, mesmo sem que este tenha provado o fato constitutivo consecutório de forma absoluta.³⁴

É o próprio Código de Defesa do Consumidor que dispõe sobre a facilitação da defesa dos direitos de que estou tratando, inclusive com a inversão do ônus da prova, a favor do hipossuficiente, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII). Não se trata, pois, de inversão legal, pois não decorre de imposição ditada pela própria lei, mas, sim, fica submetida ao crivo judicial, cabendo ao magistrado, em face do caso, dizer se é caso de inversão, ou não, do ônus da prova, uma vez analisada a ocorrência daqueles pressupostos³⁵.

Em face de tais considerações, e concordando com Moraes, parece claro que o momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova é aquele que se dá por ocasião do saneamento do processo, quando, inexitosa a conciliação, o Juiz tiver fixado os pontos controvertidos da lide, decidindo as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento, ou não, desta inversão (art. 331, § 2º, do CPC), ficando, dessa forma, cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo

³⁴ Vai neste sentido o texto de LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.95. Refere o autor que prevalece no processo civil moderno o princípio geral da verdade formal, o que possibilita ao juiz o poder de proceder a inversão do ônus da prova pela mera constatação de que as alegações do autor possam ser verdadeiras, inclusive no que diz respeito à dificuldade de obtenção de informações técnicas sobre o produto e o serviço fornecidos.

³⁵ Neste sentido, o texto de MORAES, Voltaire de Lima. *Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. In Revista AJURIS, vol.74. Porto Alegre: AJURIS, 1998, p.44. Neste texto, o autor adverte também que a inversão do ônus da prova, com a devida vênia, não deve ser decretada *ab initio*, quando o Juiz analisa a petição inicial, pois sequer houve manifestação do demandado, não se podendo precisar, inclusive, a dimensão da sua resposta, muito menos os pontos controvertidos. Assim, mostra-se prematura e indevida a decretação da inversão do ônus da prova nessa fase do procedimento.

alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquela que recebeu o encargo de provar o que se está perquirindo³⁶.

Por estas razões, julguei parcialmente procedente o Agravo de Instrumento, para os fins de determinar a inversão do ônus da prova no feito, incumbindo, de forma solidária, ao Município e à Construtora, a responsabilidade pelas provas necessárias à comprovação da regularidade do sistema de recepção do esgoto de seu empreendimento descrito na inicial, e de que ele não gera degradação ambiental comprometedora do meio ambiente.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

----. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor-pagador : pedra angular da política comunitária do ambiente*. São Paulo: Coimbra, 1997.

BACHELET, Michel. *Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira*. In CANOTILHO, Joaquim José Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Ambiental Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

³⁶ Idem, p.53.

BODNAR, Zenildo. Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade. Texto virtual, 2009.

CANOTILHO, J. *Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais*. In Boletim da Faculdade de Direito.Coimbra, v. 9, 1993.

-----. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

----- Direito Constitucional Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In CANOTILHO, Joaquim José Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Ambiental Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COASE, Ronald Henry. *The problem of social cost*. In Journal of Law and Economics. 3(1), 1. 1960.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonada, 2002.

DI LORENZO, Italo. *Diritto Urbanistico*. Turim: UTET, 1998.

FREITAS, Vladimir Passos de (org.) *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.

GANDOLFO, Orlando Carlos. *Limitações da propriedade*. In Revista dos Tribunais, vol.421. São Paulo: RT, 1970.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998.

-----. *Postscript to Between Facts and Norms*. In New York University Law Journal, E. 154. New York University Press, sep. 2004.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 1987.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

-----. *Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- . A função social da cidade e da propriedade no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LEFÈBVRE, Henry. *The production of space*. London: Blackwell, 1992.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- . *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MIRRA. *Princípios fundamentais do direito ambiental*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo, 1996.
- MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In Revista AJURIS, vol.74. Porto Alegre: AJURIS, 1998.
- MOULIN, Marlúcia Ferraz. *Desmatamento e queimada: estudo de um caso*. In Direitos Metaindividuais. São Paulo: Ltr, 2005.
- NEVES, Castanheira. *Digesta*. 2º volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SAVIGNY, Fredrich Carl. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Turim: Daltriccce, 1960.
- STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

BIODIVERSIDADE NA AMÉRICA LATINA: ECOLOGIA POLÍTICA E A REGULAÇÃO JURÍDICO – AMBIENTAL¹

Jerônimo Siqueira Tybusch²
Luiz Ernani Bonesso de Araujo³

¹ O presente artigo é fruto de pesquisas no projeto “Justiça Ambiental em Redes Colaborativas: *e-democracy* e Ecologia Política na Sociedade Informacional Latino-Americana” que recebe auxílio financeiro do CNPq – Edital Universal – 2011; registrado no Gabinete de Projetos do Centro de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Federal de Santa Maria. Foi apresentado com o título “PERCEPÇÕES” E “USOS” DA BIODIVERSIDADE NA AMÉRICA LATINA: A REGULAÇÃO JURÍDICO – AMBIENTAL E O CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO no XXI Encontro do CONPEDI em Uberlândia – MG – 2012.

² Professor Adjunto do quadro efetivo da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Professor no Departamento de Direito da UFSM. Professor no Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito da UFSM. Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pesquisador Vice-Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade – GPDS/UFSM. Coordenador do Projeto “Justiça Ambiental em Redes Colaborativas: *e-democracy* e Ecologia Política na Sociedade Informacional Latino-Americana” que recebe auxílio financeiro do CNPq – Edital Universal – 2011. E-mail: jeronimotybusch@ufsm.br; jeronimotybusch@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6477064173761427>

³ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor Associado do quadro efetivo da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Professor do Departamento de Direito da UFSM/RS/Brasil. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito da UFSM. Chefe do Departamento de Direito da UFSM. Docente nas disciplinas de Direito Agrário e Ambiental. Pesquisador e Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade – GPDS/UFSM. E-mail: luiz.bonesso@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3818976588714214>

1 – Considerações Iniciais

O artigo em tela objetiva abordar a relação complexa entre as possíveis “utilizações” da biodiversidade e a regulação jurídico-ambiental acerca dessas práticas. Parte da perspectiva Latino-Americana para em um segundo momento operar uma análise sob a observação da legislação brasileira, internacional e da Constituição da República Federativa do Brasil. Na metodologia, utiliza-se a pesquisa bibliográfica e documental como procedimento para a produção de fichamentos e resumos estendidos, como técnica de pesquisa para elaboração do presente artigo. A abordagem e teoria de base utilizados são a perspectiva sistêmico-complexa⁴ na qual, a comunicação de diversas áreas do saber como direito ambiental, sustentabilidade e ecologia, são aplicadas para a resolução de questões complexas.

A problemática do artigo relaciona-se diretamente com o avanço da biotecnologia, onde o tema "biodiversidade" assume um papel destacado no cenário internacional, já que surgem novas perspectivas de expansão econômica a partir da exploração e apropriação dos recursos naturais. As florestas tropicais se tornam alvos da cobiça dos grandes laboratórios internacionais, já que nelas estão os grandes reservatórios de diversidade biológica.

⁴ Em pesquisas desse gênero, evidencia-se a importância da matriz teórica como possibilidade de substituir o paradigma exclusivamente cartesiano, que ao tratar do processo de conhecimento como um fenômeno cognitivo em que se dá uma oposição ou mesmo distanciamento entre sujeito e objeto, provocaram um desenvolvimento social de visão fragmentada, com tendência ao isolamento humano e degradação ambiental; por uma nova perspectiva paradigmática de concepção pragmático-sistêmica, que eleva a condição humana e o meio ambiente ao mesmo patamar, de forma complexa, onde o fenômeno cognitivo é visto através de uma diferenciação funcional sistema-meio, e em que pese passar a considerar-se o objeto e o sujeito inseparáveis, graças ao reconhecimento desse intercâmbio pela mediação da comunicação como pressuposto de contribuir ao desenvolvimento democrático da atual problemática ambiental, ou seja, alcançar uma comunicação da sociedade acerca da sociedade, no sentido de reconhecer-se, para estabelecer limites/possibilidades de gerar melhoria da qualidade de vida e desenvolvimento sustentável a todos (Capra, 2000, p.42).

Desse modo, pela utilização de conhecimentos tradicionais e pela aplicação de novas biotecnologias, tornam a biodiversidade, em sua maior parte desconhecida, atrativa economicamente, pois há uma perspectiva de grandes novidades tanto no que diz respeito a descobertas de novas espécies, quanto, na obtenção de novas substâncias e de novos produtos, que passam a estarem acessíveis no mercado internacional, gerando uma fonte considerável de lucros.

A produção de alimentos ganha impulso com a introdução de novas tecnologias, principalmente a partir do uso de biotecnologia. Dessa forma, a inovação tecnológica no campo traz consigo preocupações relativas ao sobrepujamento que estas inovações têm sobre o conhecimento tradicional, colocando, desse modo, em risco a sobrevivência dos produtores tradicionais que não conseguem acompanhar o avanço dessa tecnologia.

É nesse panorama que se insere a América Latina, rica em diversidade biológica, mas que está diante de um conflito entre os estados e os laboratórios internacionais, acerca do controle, apropriação e domínio de conhecimentos secularmente transmitidos entre gerações.

2 - Cena Ecológica na relação Sustentabilidade/Consumo

A presente abordagem parte da tensão conceitual entre Pós-Colonial e Pós-Moderno⁵ com o objetivo de observar a “cena ambiental” na diversidade de suas construções discursivas na atualidade. Considera-se que a pluralidade de comunicações disseminadas acerca da Pós-Modernidade possa, paradoxalmente, produzir discursos hegemônicos no cenário global. Ou seja, reproduzir continuamente os mesmos sentimentos dicotômicos

⁵ Tal tensionamento tem como inspiração o texto de Homi K. Bhabha: O Pós-Colonial e o Pós-Moderno: A questão da Agência.

de “países desenvolvidos e subdesenvolvidos”, “dominantes e dominados”, “países do norte (desenvolvidos) e países do sul (subdesenvolvidos)”. Ao mesmo tempo em que a atividade discursiva da Pós-Modernidade abre para observações acerca da indeterminação e dissolução das instituições tradicionais da modernidade, bem como a fluidez da economia e relações políticas na globalização da atualidade, continua mantendo estruturas, mesmo que acêntricas, que perpetuam percepções de lugares e posições estabelecidas e pouco mutáveis no cenário global. Em outras palavras, insere-se uma nova roupagem ao cenário da modernidade onde o controle e dominação não são oriundos de instituições claramente definidas e sim de “discursos fluídicos” que, todavia, continuam na manutenção de práticas hegemônicas.

Entende-se como “cena ecológica” o conjunto de práticas discursivas produzidas na atualidade acerca da possível finitude humana em face da ação degradante e insustentável dos sistemas de produção, lazer e consumo mundial que, através dos meios de comunicação de massa, perpassam as diferentes culturas no globo. Na esteira desta perspectiva analisa-se como o discurso da Pós-Modernidade produz sentimentos específicos acerca deste fenômeno. Podem-se vincular diversas comunicações acerca da problemática ambiental, porém, optou-se pela seleção de duas que se constituem como fundamentais para compreensão da dimensão ecológica no “pós-moderno”: as idéias de risco e fluidez econômica e política.

Os instrumentos de incremento ao consumo assumem padrões globais utilizando um emaranhado de significações para seduzir e manter suas práticas discursivas. Porém, os resíduos e externalidades de tal processo vêm gradativamente sendo considerados e constatados por cientistas, governos e comunidade civil global como insustentáveis para a continuidade das presentes e futuras gerações.

Desta forma, o modelo atual de vida é definido como insustentável, comprometendo, no caso de sua manutenção, a continuidade das gerações futuras. Como culminância desta fase, a

“Marcha pela Terra” em 1970, abrangendo diversos países do globo. Embora mais democrático e envolvendo um número considerável de pessoas oriundas de diversos movimentos sociais em todo globo, ainda assim representava uma determinada parcela da população com acesso à educação e conduzida pelo “incentivo” significativo dos meios de comunicação de massa.

Dentro desta perspectiva questionam-se como as idéias hegemônicas podem ser difundidas através do discurso ambientalista. Coloca-se como cerne desta idéia a veiculação de comunicações que caracterizam os países da América Latina, com ampla diversidade biológica (biodiversidade) em seus ecossistemas, como propagadores de “práticas insustentáveis” em seus “processos de industrialização tardia” que não preservam seus recursos naturais (como florestas e recursos hídricos) que podem ser a salvação da humanidade em um futuro próximo de degradação generalizada. Tais práticas discursivas são carregadas de diversos sentidos e possuem no “universo simbólico das relações internacionais” papel determinado por estratégias de agência econômica e política específica.

Em outras palavras, é necessário compreender o simbólico na linguagem ambiental. Perceber que a sociedade é instituída através de um processo imaginativo que se constitui através do simbólico.⁶ Este pode ser utilizado de forma imediata (nas instituições que representam práticas discursivas) ou, mais comum na percepção pós-moderna, na utilização lúcida, refletida e pulverizada em diversas comunicações que não necessariamente necessitam estar descritas em centros polarizadores ou instituições definidas.

Entende-se, portanto, como “cena ecológica” o conjunto de práticas discursivas produzidas na atualidade acerca da possível finitude humana em face da ação degradante e insustentável dos sistemas de produção, lazer e consumo mundial que, através dos meios de comunicação de massa, perpassam as diferentes

⁶ CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 153.

culturas no globo. Na esteira desta perspectiva analisa-se como o discurso da Pós-Modernidade produz sentimentos específicos acerca deste fenômeno. Podem-se vincular diversas comunicações acerca da problemática ambiental, porém, optou-se pela seleção de duas que se constituem como fundamentais para compreensão da dimensão ecológica no “pós-moderno”: as idéias de risco e fluidez econômica e política.

A ideia de uma “Sociedade de Risco” é importantíssima para a compreensão da modernidade atual. Porém, deve-se tomar cuidado com dois aspectos relativos à construção teórica do risco: 1) A construção da imagem de uma sociedade de risco não deve ser generalista, ou seja, imaginar que esses padrões se aplicam a toda e qualquer comunidade no globo e 2) Deve-se observar que toda a teoria envolve a construção de práticas discursivas que, se exacerbadas ou desvirtuadas podem servir como técnica de poder, de orientação das populações, de biopolítica.

“Ocupados em calcular os riscos, tendemos a deixar de lado a preocupação maior e assim conseguimos evitar que essas catástrofes, as quais somos impotentes para impedir, venham a minar nossa autoconfiança. Focalizando as coisas em relação às quais podemos fazer algo, não temos tempo para nos ocuparmos em refletir sobre aquelas a respeito das quais nada se pode fazer. Isso nos ajuda a defender nossa saúde mental. Mantém distante os pesadelos, e também a insônia. Mas não nos torna necessariamente mais seguros⁷”.

Uma sociedade imbuída na ideia de risco busca o cálculo de probabilidades, o que é muito importante. Porém, este cálculo tem um custo, é certamente objeto de consumo, pois existem empresas especializadas nestes cálculos. Elas oferecem certo grau de confiança, ainda que sem garantia. Nas estratégias de governamentalidade também é possível observar esta preocupação.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 20.

Nesta perspectiva, é necessário consumir para fugir dos riscos, ou pelo menos preparar-se para eles. Na perspectiva ambiental, não é diferente. Os indivíduos que consomem mais em face de um pretensão cuidado ambiental consomem de forma imediata, e buscam resultados rápidos. “Los individuos prefieren, se dice, los consumos ahora y no tanto en el futuro: son impacientes. La agregación de preferencias en el análisis coste-beneficio debe reflejar esa preferencia temporal”⁸. O que não se percebe é que todo o consumo, inclusive o consumo ecológico gera externalidades, produz impactos ambientais. O consumo passa a ser então um dever, para evitar os riscos, até mesmo os riscos ambientais.

“O sistema econômico, ao atuar em função das necessidades do mercado, produz conseqüências negativas para a organização da sociedade (na medida em que acaba com a solidariedade, o comunitarismo e o cooperativismo) e para o funcionamento dos sistemas ecológicos (na medida em que submete a natureza ao ritmo da exploração capitalista). Paralelamente, o cidadão é reduzido à esfera do consumo, já que consumir torna-se sinônimo de participar da esfera pública”⁹.

Assim, o cidadão é reduzido ao papel de consumidor. Suas ações que deveriam orbitar na esfera política se concentram na esfera privada do consumo. Nesse sentido é necessário cuidar o uso mercadológico e a produção dos discursos do risco e do medo. Somente quem tem “capacidade de consumo” pode “prevenir-se”, calcular as probabilidades.

Deve-se observar a questão ambiental entendendo os riscos envolvidos, porém, o risco ambiental não deve ser transformado em uma estratégia de consumo que a médio prazo produz ainda

⁸ Em tradução nossa: “Em tradução nossa: “Os indivíduos preferem, se diz, os consumos agora, e não tanto no futuro: são impacientes. A agregação de preferência nas análises custo-benefício deve refletir essa preferência temporal”. ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. *Economía ecológica y política ambiental*. 2ª ed. México: FCE, 2001, p. 206.

⁹ PORTILHO, Fátima. *Sustentabilidade Ambiental, consumo e cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 184.

mais impactos ambientais. Também, a “segurança ambiental” não deve pertencer somente a grupos minoritários que podem comprar “o cálculo das probabilidades”.

Dentro desta perspectiva questionam-se como as ideias hegemônicas podem ser difundidas através do discurso ambientalista. Coloca-se como cerne desta ideia a veiculação de comunicações que “rotulam” os países da América Latina, com ampla diversidade biológica (biodiversidade) em seus ecossistemas, como propagadores de “práticas insustentáveis” em seus “processos de industrialização tardia” que não preservam seus recursos naturais (como florestas e recursos hídricos) que podem ser a salvação da humanidade em um futuro próximo de degradação generalizada. Tais práticas discursivas são carregadas de diversos sentidos e possuem no “universo simbólico das relações internacionais” papel determinado por estratégias de agência econômica e política específica.

Verifica-se, neste sentido, o surgimento de mercado para estes grupos específicos, perpassando a imagem de que ao participarem deste mercado, poderão se elevar a condição de cidadãos. Um exemplo característico relacionado à questão ecológica é a abordagem do ecoturismo e do ecomercado, já abordados no capítulo anterior, para aqueles preocupados com o meio ambiente¹⁰. A percepção da questão ambiental deve ter acesso amplo na *bísis*, proporcionando a efetiva participação cidadã nas questões de sustentabilidade ambiental e consumo.

Frente às perspectivas apresentadas em relação ao discurso do risco e ao trinômio medo, mercado e meio ambiente, faz-se necessário refletir sobre as possíveis regulações jurídicas no que concerne a questão ambiental. Em outras palavras, refletir sobre o questionamento: o que pode a “Vontade Jurídica” frente ao “Interesse Econômico”?

¹⁰ PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, consumo e cidadania**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 184-185.

3 - Meio Ambiente e biodiversidade em sua “percepção” constitucional

As preocupações com o meio ambiente vêm crescendo gradativamente nas últimas décadas. A humanidade percebeu sua incrível fragilidade no que diz respeito a uma reação da natureza frente ao mau uso de seus recursos. A possibilidade de esgotamento dos mesmos aliada a uma preocupação com as gerações futuras fez o homem questionar-se acerca do uso que faz do espaço onde vive.

Contudo, o fato de que todas essas questões, e muitas outras, estão sendo debatidas pela opinião pública, e de que uma conscientização cada vez maior vem se estabelecendo a partir do caráter global e independente de tais questões, acaba lançando as bases para sua abordagem e, talvez, para uma orientação das instituições e políticas na sentido de um sistema socioeconômico responsável do ponto de vista ambiental.¹¹

A palavra meio ambiente traduz uma redundância pois “meio” e “ambiente” a princípio querem dizer a mesma coisa. Ou seja, espaço, lugar onde as relações entre os homens e dos mesmos com a natureza se processam. Temos então um conceito holístico, abrangente, onde não somente o que é natural é abordado, mas também aquilo que foi produzido pelas mãos humanas ao longo do tempo. A língua francesa utiliza o termo “ambient” e a língua inglesa “environment”, ambos referem-se ao sentido de ambiente.

Certa então é a compreensão de que o homem modifica o ambiente onde vive. Estas modificações podem traduzir evoluções tecnológicas de aproveitamento do espaço mas, por outro lado, podem significar verdadeiras involuções quando visam de forma unilateral o lado econômico, ou seja, a exploração irrestri-

¹¹ FRANCO, Maria de Assunção Ribeiro. *Planejamento ambiental para a cidade sustentável*. São Paulo – SP: Annablume: FAPESP, 2001. p. 256.

ta de recursos. Nem tudo o que a natureza oferece é renovável, o esgotamento é uma realidade na atualidade.

Aquilo que parecia não ter fim, hoje é finito. Como exemplo temos os combustíveis fósseis, questão extremamente polêmica, pois, além da previsão de esgotamento das últimas reservas de petróleo estar datada para menos de um século, temos o fato de que este tipo de combustível é extremamente poluente. Meios alternativos já foram pesquisados para a substituição dos combustíveis fósseis, inclusive na tecnologia de automóveis.¹²

Essa idéia de finitude, aliada a capacidade destrutiva do homem para com o ambiente onde vive ao buscar sempre novas possibilidades econômicas sem medir os efeitos que as mesmas podem ter sobre a natureza, nos remete a figura do dano. Danificar pode ser, neste caso, destruir, modificar de forma nociva e, principalmente, explorar irrestritamente.

O dano ambiental ocorre com frequência e representa uma grave ameaça a continuação da espécie humana. Desta forma, aquilo que põe em risco o futuro da humanidade, coloca, obviamente, a nossa vida em jogo. Estamos sendo, portanto, impedidos de viver com as mínimas condições necessárias e de usufruir sobre um bem que é de todos. Lembremos também, que qualquer espécie de dano representa uma ofensa a bens ou interesses de outras pessoas, interesses protegidos pela ordem jurídica.

Com muita propriedade, José Rubens Morato Leite, define dano ambiental como “uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado.”¹³

¹² O combustível mais limpo, mais eficiente e de qualidade superior que um hiper-carro pode ter é o hidrogênio numa célula de combustível. Um tal automóvel não só funciona em silêncio e sem poluição como também pode se tornar uma pequena usina de produção de eletricidade sobre rodas. (CAPRA, 2002, p.261).

¹³ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 98.

Da mesma forma, José Rubens Morato Leite nos traz uma segunda conceituação, onde o “dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses”¹⁴. Assim, este “ferir” aos direitos de cada um nos remete a análise de uma afetação não somente individual, mas também coletiva, difundida entre as pessoas. Pois, o meio ambiente é entendido como um todo, *um macrobem*. Conforme o autor anteriormente citado, “o bem ambiental (macrobem) é um bem de interesse público, afeto à coletividade, entretanto, a título autônomo e como disciplina autônoma”¹⁵.

Este ambiente é coletivo, por oposição ao ambiente individual (interior de uma moradia, de um local de trabalho). Assim, numa cidade, o ambiente, é a qualidade da água, do ar, dos alimentos, o nível sonoro, a paisagem urbana, a duração das migrações alternantes, a presença ou ausência de espaços verdes, ao mesmo tempo por seu papel na luta contra a poluição atmosférica é pelo contato que fornecem com a natureza.¹⁶

A atual economia de mercado contribui para a desigualdade social e, da mesma forma, para o desequilíbrio ambiental. O meio ambiente não é mera peça mercadológica, se faz necessária uma mudança de paradigma urgente.

Quando se fala em Mundo, está se falando, sobretudo, em Mercado que hoje, ao contrário de ontem, atravessa tudo, inclusive a consciência das pessoas. Mercado das coisas, inclusive a natureza; mercado das idéias, inclusive a ciência e a informação; mercado político. Justamente a versão política desta globalização perversa é a democracia de mercado. O neo-liberalismo é outro braço dessa globalização perversa, e ambos esses braços – democracia de mercado e neoliberalismo – são necessários para reduzir as possibilidades de afirmação das formas de viver cuja

¹⁴ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 98.

¹⁵ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 98.

¹⁶ CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. p. 229.

solidariedade é baseada na contigüidade, na vizinhança solidária, isto é, no território compartilhado.

O despertar da consciência humana para o enorme perigo que corre a humanidade se não preservar a Nave-Terra em suas múltiplas relações com os seres vivos é outro aspecto importantíssimo a ser trabalhado. Desde os anos 70, descobrimos que os dejetos, as emanções, as exalações de nosso desenvolvimento técnico industrial urbano degradam a biosfera e ameaçam envenenar irremediavelmente o meio vivo ao qual pertencemos: a dominação desenfreada da natureza pela técnica conduz a humanidade ao suicídio.¹⁷

Outro grave problema enfrentado é a questão informacional. O homem moderno é talvez mais desamparado que os seus antepassados, pelo fato de viver em uma sociedade informacional, que, entretanto, lhe recusa o direito a se informar¹⁸. A questão está na socialização da informação.

A crise energética também é fator relevante no panorama atual. A escassez de energia elétrica e de combustíveis fósseis faz com que o problema estenda-se a patamares incontroláveis de desajuste social.

Para sustentar o consumo energético desregrado dos edifícios, a produção de energia elétrica cresceu e causou um forte impacto ambiental com a construção de usinas, inundações, deslocamentos de populações (hidroelétricas), perda da biodiversidade, ameaça dos ecossistemas, poluição e riscos de segurança pública com termoelétricas e usinas nucleares¹⁹.

A mudança de paradigma na cena ambiental é imprescindível. O desenvolvimento sustentável tem suas raízes no Relatório Brundtland ou “Nosso Futuro Comum” e foi publicado em 1987 na Comissão Mundial sobre meio Ambiente e Desenvol-

¹⁷ MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à Educação de Futuro*. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2001. p. 71.

¹⁸ SANTOS, Milton. *O Espaço do Cidadão*. São Paulo: Studio Nobel, 2002.

¹⁹ ADAM, Roberto Sabatela. *Princípios do Ecoedifício: Interação entre Ecologia, Consciência e Edifício*. São Paulo: Aquariana, 2001. p. 19.

vimento. O ser humano responsável ambientalmente é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades. A busca do desenvolvimento sustentável requer a união de diversos sistemas (político, econômico, social, administrativo e de produção). Promover o desenvolvimento sustentável é promover a consciência ecológica.

Não se pode mais admitir a idéia de uma economia baseada somente no acúmulo e criação de vastos níveis de capital. O desenvolvimento material da humanidade já expandiu de forma inigualável na história no século XVIII com a Revolução Industrial. Porém, hoje os custos são elevados, pois esta expansão se deu em detrimento do capital natural²⁰. Destruiu-se mais a natureza que em toda a história anterior.

Observa-se que há um crescimento da consciência ecológica no Brasil, e algumas indústrias existentes o país já se preocupam com a questão ambiental, inclusive muitas delas já vem adotando programas de qualidade ambiental para não perder mercado.²¹

Muito importante é ressaltar a idéia da concretização de uma mudança engajada e positiva. Um contrato celebrado entre o homem e a natureza²², onde ambos saem vencedores. Tudo isso para garantir o presente e preservar para as futuras gerações. No âmbito municipal, o desenvolvimento precisa ser planejado para que este contrato ocorra. Quando se assume um planejamento urbano para gestão de recursos se faz uma reflexão uma reflexão teórica sobre a sociedade e, mais especificamente, sobre a mudança social²³.

²⁰ HAWKEN, Paul. *Capitalismo Natural: criando a próxima revolução industrial*. São Paulo, SP: Cultrix, 1999. p. 02.

²¹ BRITO, Francisco A. CÂMARA, B.D. *Democratização e Gestão Ambiental: Em busca do desenvolvimento sustentável*. Petrópolis RJ: Vozes, 1998. p. 29.

²² LE CORBUSIER. *Planejamento urbano*. São Paulo, SP: Perspectiva, 2000. p. 49.

²³ SOUZA, Marcelo Lopes de. *Mudar a Cidade: Uma introdução crítica ao Planejamento e à Gestão Urbanos*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 73.

A consciência para uma efetiva proteção ambiental é ao mesmo tempo individual e coletiva. Deve despertar no indivíduo e este, agindo comunicativamente, atuará com partícula do todo através da comunicação, até mesmo nas relações de consumo.

A comunicação simbólica entre os seres humanos e o relacionamento entre esses e a natureza, com base na produção (e seu complemento, o consumo), experiência e poder, cristalizam-se ao longo da história em territórios específicos, e assim geram *culturas e identidades coletivas*.²⁴

O mundo empresarial precisa investir nesta mudança de paradigma e, para isso, implantar em suas atividades um sistema de gestão da organização. Este é a base para o estabelecimento de um método de gerenciamento que vise a melhoria contínua de resultados e promova o desenvolvimento sustentável.²⁵

A necessidade de reformulação alcança também a agricultura, onde a pesquisa em busca de uma agricultura ecológica já é fato notório na atualidade. Contribuir para o bem estar social implica que a agricultura, bem como, a pesquisa agrícola devem atender às necessidades de uma alimentação básica, do sistema social em conjunto.²⁶ E não em detrimento da saúde e do equilíbrio ecológico tendo como único escopo, a lucratividade (BONES, 2002, p. 136).²⁷

²⁴ CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura – Volume I: A Sociedade em Rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 33.

²⁵ JÚNIOR, Ênio Viterbo. Sistema Integrado de Gestão Ambiental: “Como implementar a ISSO 14.000 a partir da ISSO 9.000, dentro de um ambiente GQT” São Paulo: Aquariana, 1998. p. 15.

²⁶ BONILA, José A. Fundamentos da Agricultura Ecológica: Sobrevivência e qualidade de vida. São Paulo: Nobel, 1992. BONES, Elmar; HASSE, Geraldo. Pioneiros da Ecologia: breve história do movimento ambientalista no Ro Grande do Sul. Porto Alegre: Já Editores, 2002. p. 244.

²⁷ BONES, Elmar; HASSE, Geraldo. Pioneiros da Ecologia: breve história do movimento ambientalista no Ro Grande do Sul. Porto Alegre: Já Editores, 2002. p. 244.

E quando falamos em propriedade²⁸, a mesma deve respeitar a sua função social, como preceito da Constituição da República Federativa do Brasil. Por certo, este ideal de adesão ao pacto social, ainda está longe de se conquistar. Temos porém, na sociedade moderna uma dupla forma de se pensar a propriedade. Uma baseada no direito romano antigo de fruir, gozar e usar da coisa sem a necessidade de uma prestação de contas ao pares e ao governo. Outra provém do pensamento marxista que preconizava o fim da propriedade individual para então ver a concretização da socialização ou apropriação dos meios fundamentais da produção. O que verificamos hoje é um meio termo entre as duas correntes, ou seja, a manutenção da propriedade individual, porém com um destino social. Busca-se pensar a propriedade a partir dos interesses da coletividade e da sociedade²⁹.

Uma nova categoria de direitos emerge da complexidade do mundo social e escapa a concepção jurídica liberal. Trata-se dos Direitos Coletivos e Direitos Difusos³⁰ como espécies e Transindividuais como gênero, em sua amplitude jurídica, social, econômica e política. Um direito que ao mesmo tempo é de todos, transpessoal e não se pode delimitar com exatidão, tão pouco seus resultados são determinados de forma antecipada. Estes são os direitos humanos de terceira geração, os direitos de fraternidade.

Convém salientar que os direitos de terceira geração não excluem ou impedem a projeção dos direitos de gerações anteriores. Podem, portanto, frente a seu caráter complexo, que não se sustenta em um apoio só, modificar-lhes o conteúdo. A ordem jurídica brasileira, na tentativa de abranger todos estes aspectos, toma como paradigma a Constituição de 1988, onde estão elen-

²⁸ VARELLA, Marcelo Dias, BORGES, Roxana Cardoso B. *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1998. p. 215.

²⁹ ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. *A função social da propriedade agrária*. In: LEAL, Rogério Gesta, ARAUJO, Luiz Ernani. (orgs.) *Direitos Sociais e políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*. Santa Cruz do Sul – RS: EDUNISC, 2001. p. 20-22.

³⁰ Não estão aliados a vínculo jurídico algum e não pertencem a pessoas de forma isolada. Indeterminados ou de difícil determinação. Ex: Direito Ambiental e Direito do Consumidor.

casas situações de Direitos Transindividuais. Como exemplo, entre tantos outros, podemos citar o art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, onde os Direitos Difusos estão garantidos no exemplo da temática ambiental. Torna-se comum a convivência dos direitos individuais clássicos com os transindividuais no Estado Democrático de Direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil recepiona em seu Art. 225, inciso II a função de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”. Da mesma forma, a legislação infraconstitucional, notadamente nos dispositivos: Medida Provisória 2.186/2001 e Decreto 3.945/2001 buscam regulamentar o dispositivo constitucional citado anteriormente no que tange ao acesso ao patrimônio genético, à proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização; bem como definem a composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético.

4 – Biodiversidade

Segundo Lévêque, o termo biodiversidade é uma contração de diversidade biológica, e foi introduzido na década de 80 pelos naturalistas que protestavam contra a destruição dos ambientes naturais e de suas espécies.³¹

Mas, ainda para Lévêque,

A biodiversidade não é um simples catálogo de genes, espécies ou ambientes. Ela deve ser percebida como um conjunto dinâmico e interativo entre os diferentes níveis da hierarquia biológica. Segundo as teorias atuais da evolução, é graças à

³¹ LÉVÊQUE, Christian. *A Biodiversidade*. Tradução: Valdo Memelstein. Bauru, SP: EDUSC, 1999. p. 13.

existência de uma diversidade genética no seio das espécies que estas últimas podem se adaptar às mudanças do meio ambiente que sempre marcaram a história da Terra. Reciprocamente, a diversidade genética de uma espécie evolui em função do tempo, em resposta a essas mudanças do meio ambiente, bem como em razão das mutações. O mesmo ocorre com as comunidades vegetais e animais, que constituem os ecossistemas e que respondem por meio de mudanças qualitativas e quantitativas às flutuações do meio no qual elas vivem. Esta dinâmica dos sistemas biológicos e das condições ecológicas, às quais eles são confrontados, explica que as espécies evoluam e se diversifiquem e que os ecossistemas hospedam floras e faunas mais ou menos ricas, em virtude de sua história.³²

O interesse pela biodiversidade pode ser motivada para fins econômicos como na agricultura, matérias primas para a indústria, medicamentos e uma crescente valorização no domínio das biotecnologias. Em termos ecológicos, sua motivação se dá porque é indispensável para manter os processos de evolução do mundo vivo, Ter um papel de regulação no equilíbrio físico-químicos da biosfera, contribui para a fertilidade do solo e sua proteção, bem como regula o ciclo hidrológico. Já em termos éticos e patrimoniais, os homens tem o dever moral de não eliminar outras formas de vida, e o dever de transmitir as gerações futuras o que recebemos da natureza.³³

Já segundo a CDB (Convenção sobre a Diversidade Biológica), diversidade biológica significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros sistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte, compreendendo ainda a diversidade dentro das espécies, entre espécies e de ecossistemas.

³² LÉVÊQUE, Christian. *A Biodiversidade*. Tradução: Valdo Memelstein. Bauru, SP: EDUSC, 1999. p. 18.

³³ LÉVÊQUE, Christian. *A Biodiversidade*. Tradução: Valdo Memelstein. Bauru, SP: EDUSC, 1999. p. 16.

5 - Biodiversidade na América Latina

A emergência da questão da biodiversidade está ligada diretamente às florestas tropicais, abundantes no território latino-americano, e sua destruição. "De repente, todo o mundo descobriria que as florestas tropicais concentram os habitats mais ricos em espécies do planeta, ao mesmo tempo em que descobria que são as mais ameaçadas de extinção".³⁴

Na parte sul do continente americano, a floresta amazônica é a que chama mais atenção. Quando se fala nela há de se lembrar que ela não envolve só o Brasil, mas uma área bem maior, compreendendo ainda porções de territórios do Peru, Colômbia, Venezuela, Bolívia, Guiana, Suriname, Guiana Francesa e Equador.

Ao se fazer referência à biodiversidade, é importante frisar que:

Reforçando a importância da biodiversidade para a América Latina, vê-se que a Amazônia representa 53% das matas tropicais hoje existentes no planeta. Além disso, detém uma das maiores bacias hidrográficas do mundo, cuja extensão é calculada entre 6.144.727 km² e 7.050.000 de km².³⁵

Já quanto às espécies, calcula-se que a Amazônia abrigue cerca de 10% da biodiversidade global, sendo considerada a região de maior diversidade da Terra.³⁶ São as florestas tropicais as que estão mais ameaçadas de extinção, o que tem chamado a atenção da mídia e das ONGs do mundo inteiro, por possuírem uma imensa riqueza em termos de biodiversidade.

³⁴ SANTOS, Laymert Garcia dos. Politizar as novas tecnologias: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 14.

³⁵ FONSECA, Gustavo A.B. da & SILVA, José Maria C. da. *Megadiversidade da Amazônia: desafios para a sua conservação*. In Ciência & Ambiente/ Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, nº 31, jul/dez 2005.

³⁶ FONSECA, Gustavo A.B. da & SILVA, José Maria C. da. *Megadiversidade da Amazônia: desafios para a sua conservação*. In Ciência & Ambiente/ Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, nº 31, jul/dez 2005.

Utilizando-se de uma expressão do autor brasileiro Laymert Garcia dos Santos, "que a biodiversidade é, antes de tudo uma questão brasileira", poderia se afirmar que, antes de mais nada, é uma questão da América Latina, pois a sua riqueza em biodiversidade, não se resume à Amazônia, mas atinge a totalidade de seus países e, isto remete a um ponto fundamental para esse continente: pensar o futuro tendo como base essa situação.³⁷

Vandana Shiva³⁸, uma lutadora em prol dos direitos das comunidades tradicionais nos alerta:

Observa-se assim, um avanço sistemático de grandes empresas que atuam na área de biotecnologia sobre os conhecimentos dos povos tradicionais, apropriando-se do que foi construído ao longo do tempo através do processo civilizatório, passando essa "herança" a ser propriedade privada.

Vandana chama assim, a atenção para um novo colonialismo. Se antes a colonização do mundo visava a conquista de territórios, hoje está dirigida à conquista das economias, sendo que seu grande instrumento é o acordo TRIPs através das cartas patentes. É o conhecimento sendo convertido em propriedade.³⁹

E mais:

A bioprospecção nas florestas tropicais é cada vez mais acentuada, sendo acrescida a esta a etnobioprospecção, isto é, a exploração das populações autóctones, ou povos locais que em seus rituais, curandeirismos, crenças e na medicina popular, conhecem muitos produtos extraídos diretamente da natureza.

³⁷ SHIVA, Vandana. Biodiversidade, *Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização*. In Boaventura de Sousa Santos (org.). Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

³⁸ SHIVA, Vandana. Biodiversidade, *Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização*. In Boaventura de Sousa Santos (org.). Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 320.

³⁹ SHIVA, Vandana. Biodiversidade, *Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização*. In Boaventura de Sousa Santos (org.). Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 320.

Assim, tem-se um grande processo de apropriação de conhecimentos dos povos tradicionais, praticado em larga escala nos países detentores de florestas tropicais: a biopirataria.

De modo geral, biopirataria significa a apropriação de conhecimento e de recursos genéticos de comunidades de agricultores e comunidades indígenas por indivíduos ou por instituições que procuram o controle exclusivo do monopólio sobre estes recursos e conhecimentos.

Ao conhecimento local (indígena, camponês), em geral se dá uma importância relativa, mas este, quando transformado em saber científico, vira mercadoria com um alto valor no mercado. Nesse momento entra em cena os laboratórios internacionais que ávidos por lucro, tornam o conhecimento construído de gerações em gerações em propriedade privada, excluindo do seu benefício, as populações que guardaram cuidadosamente esses saberes ancestrais.

6 - A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB)

A Convenção sobre Diversidade Biológica, resultante da Conferência do Rio de Janeiro, a Eco-92, assinada por 175 países e ratificada por 168 deles, é um importante instrumento internacional em prol da conservação e manutenção da diversidade biológica.

Tem como objetivos, segundo seu artigo 1º, a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, bem como, garantir o acesso adequado aos recursos genéticos, a transferência de tecnologias e financiamento adequado.

Em termos gerais, o seu objetivo maior é a conservação da biodiversidade a partir de sua utilização sustentável. A gestão racional dos recursos naturais, que a CDB visa, depende em muito de uma resposta satisfatória dos atores sociais nacionais e

internacionais, como os Estados Nacionais, empresas públicas e privadas, sociedade civil, populações indígenas e comunidades locais.

Tendo em vista a sua contínua depleção, os recursos naturais passaram a ser considerados como bens escassos, cuja utilização desenfreada compromete a vida no planeta. Contraditoriamente, com o avanço da ciência, e de maneira especial, da engenharia genética, esses recursos passam a ser depositários de imensas potencialidades presentes e futuras de desenvolvimento tecnológico, econômico e social.

[...] as florestas tropicais compõem o bioma terrestre biologicamente mais rico da Terra. Apesar de originalmente ocuparem somente 17 milhões de km², ou seja, menos de 5% do planeta, elas são responsáveis por 26% da produtividade primária global. Estima-se que abriguem cerca de 50% de todas as espécies existentes. A biomassa média ali encontrada é impressionante, com cerca de 44 kg por metro quadrado, ou cerca de duas vezes mais do que as florestas boreais e cerca de 40 vezes a biomassa presente em savanas e ecossistemas marinhos.⁴⁰

A biodiversidade, a diversidade de formas de vida - plantas, animais, microorganismos -, é a base ecológica da vida. Também é o "capital natural" de dois terços da humanidade que depende da biodiversidade enquanto meio de produção - na agricultura, pesca, cuidados de saúde, e na produção de utensílios. Essa base de sobrevivência dos pobres é agora considerada como "matéria prima" para negócios e indústrias globais, porque, por um lado, as antigas tecnologias químicas já estão a falhar, tanto na agricultura como na saúde, e, por outro lado, a acumulação continuada de capital está a conduzir o lançamento de novas tecnologias, como a biotecnologia, para o aumento de controle sobre os mercados e os recursos.⁴¹

⁴⁰ FONSECA, Gustavo A.B. da & SILVA, José Maria C. da. *Megadiversidade da Amazônia: desafios para a sua conservação*. In *Ciência & Ambiente/ Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, nº 31, jul/dez 2005, p. 14.*

⁴¹ SHIVA, Vandana. *Biodiversidade, Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização*. In *Boaventura de Sousa Santos (org.). Semear outras soluções: os caminhos da biodi-*

Enquanto a biodiversidade e os sistemas de conhecimento indígenas satisfazem as necessidades de milhões de pessoas, novos sistemas de patentes e de direitos de propriedade intelectual ameaçam apropriar-se destes recursos e processos de conhecimentos vitais do Terceiro Mundo e convertê-los em monopólio vantajoso para as empresas do Norte. As patentes estão, por isso, no centro do novo colonialismo.⁴²

[...] o conhecimento que se reivindica ter sido "inventado", e é, por isso, "patenteado" e convertido em "propriedade intelectual", é freqüentemente uma inovação já existente nos sistemas de conhecimento das comunidades indígenas.⁴³

As fronteiras de manipulação da vida são cada vez mais ampliadas por uma ciência que vem focando suas descobertas, principalmente nos resultados econômicos. Desenvolvem-se novas tecnologias em institutos de pesquisa públicos e privados, criando e inovando para a sociedade e para o mercado, mas que representa incertezas e dividem posições no que diz respeito as questões éticas, economias, ecológicas e políticas (democracia e justiça social).⁴⁴

A relevância dada a biodiversidade vai além de sua utilidade como fonte de recursos materiais, já que como depósito de informações, favorece imensamente as possibilidades de criação de novos produtos na área químico-farmacêutica e sua expansão no mercado.

versidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 319.

⁴² SHIVA, Vandana. Biodiversidade, *Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização*. In Boaventura de Sousa Santos (org.). Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 320.

⁴³ SHIVA, Vandana. Biodiversidade, *Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização*. In Boaventura de Sousa Santos (org.). Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 325.

⁴⁴ ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de & BERGER FILHO, Airton G. Propriedade Intelectual sobre a Diversidade Biológica e sobre os Conhecimentos Tradicionais Associados: entre a sustentabilidade e a biopirataria. In Revista de Integração Latino-Americana (RILA), Mestrado em Integração Latino-Americana (MILA). Santa Maria: ano 1, nº2, 2005. p. 125.

Vive-se uma nova era, interpretada por J. Rifkin, como sendo o “século da biotecnologia”:

O século biotecnológico traz uma nova base de recursos, um novo grupo de tecnologias transformadoras, novas formas de proteção comercial para estimular o comércio, um mercado global para ressemeiar a Terra com uma segunda Gênese artificial, uma ciência eugênica emergente, uma sociologia de apoio, uma nova ferramenta de comunicação para organizar e administrar a atividade econômica em nível genético e uma narrativa cosmológica para acompanhar e jornada. Juntos, genes, biotecnologias, patentes da vida, a indústria global de ciência da vida, a seleção de genes humanos e cirurgia, as novas correntes culturais, computadores e as revisadas teorias da evolução estão começando a refazer nosso mundo.⁴⁵

Tal é a importância da biotecnologia que essa passa a ocupar um lugar de destaque no processo produtivo, inclusive indicando a possibilidade de se estar vivendo na terceira revolução industrial. Esta constatação decorre dos atuais avanços advindos da manipulação genética, do casamento entre as tecnologias desenvolvidas nas ciências biológicas e a informática (bioinformática), aliados ao potencial de utilizações e de lucros que podem ser obtidos no mercado, através, inclusive de especulação financeira, assegurados pelos direitos de propriedade intelectual.

Daí o surgimento da CDB, a Convenção sobre a Diversidade Biológica, cujos pontos principais são: soberania do poder público sobre os recursos genéticos existentes no território nacional; participação das comunidades locais e dos povos indígenas nas decisões sobre o acesso aos recursos genéticos; prioridade, no acesso aos recursos genéticos, para os empreendimentos nacionais; promoção e apoio dos conhecimentos e tecnologias dentro do país; proteção e incentivo à diversidade cultural; garantia da biossegurança e da segurança alimentar do país; garantia dos direitos sobre os conhecimentos associados à biodiversidade.

⁴⁵ RIFKIN, Jeremi. *O Século da Biotecnologia*. São Paulo: Makron Books, 1999. p. 10.

7 - Os Caminhos da Apropriação: O Patenteamento como forma de apropriação

Cabe destacar que existe todo um complexo sistema de apropriação de conhecimentos e dos recursos naturais dos países do Sul, que vai desde o Acordo TRIPS, passando pela biopirataria e indo até a apropriação dos conhecimentos tradicionais dos agricultores. É o que se analisará nos itens a seguir.

O Acordo TRIPS, vem de instituir normas para a proteção da propriedade intelectual em relação ao comércio.

Contudo, em um mundo globalizado, onde opera apenas um número restrito de empresas, e onde um importante desnível científico instala-se entre elas, a propriedade intelectual não cumpre sua função ideal, porque não há produtores de tecnologia, sobretudo nos países do Sul. A função real da propriedade intelectual é, nos dias de hoje, garantir os mercados mundiais aos únicos produtores de tecnologia e impedir que os países capazes de copiar esta tecnologia o façam.⁴⁶

Nesse sentido, há um domínio do mercado, dessa forma trazendo enormes prejuízos aos países em desenvolvimento, impossibilitando um crescimento auto-sustentável, dado ao aumento dos preços dos produtos ou pelo pagamento de royalties, fechamento de indústrias, desemprego e falta de condições de competitividade no mercado mundial.

Desse modo, poderia se dizer que o Acordo TRIPS traz enormes vantagens aos países do Norte, já que dispõe de uma infra-estrutura científica e tecnológica que lhe dão condições de assegurar o controle do mercado a nível mundial. Já os países do Sul, sem capital e sem tecnologia, não conseguem se inserir nesse mercado, por não produzirem novas tecnologias perdem competitividade, aumentando assim o fosso tecnológico entre os países do Norte em relação aos do Sul.

⁴⁶ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Econômico Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

8 - Biopirataria

Como já visto anteriormente, há muitos anos a diversidade genética e suas espécies originárias dos países pobres (Sul) são coletadas por institutos internacionais de pesquisa, públicos ou privados, em grande parte com sede em de países desenvolvidos.

Mesmo que esses recursos provenham dos países do Sul, estes têm que pagar “royalties” para explorar de terminada substância ou processo patenteado no exterior, num cruel processo de apropriação dos conhecimentos das populações tradicionais.

Segundo Vandana Shiva:

Dos 120 princípios ativos atualmente isolados na medicina moderna, 75% têm utilidades que foram identificadas pelos sistemas tradicionais. Menos de doze são sintetizados por modificações químicas simples; o resto é extraído diretamente de plantas e depois purificado. Diz-se que o uso do conhecimento tradicional aumenta a eficiência de reconhecer as propriedades medicinais de plantas em mais de 400%.⁴⁷

Os lucros que são gerados a partir da exploração desse patrimônio genético, por óbvio, que não revertem aos povos detentores dessa riqueza. Isso é consequência principalmente das negociações entabuladas a partir da Organização Mundial do Comércio (OMC), que estabeleceu a formação de um regime único de propriedade intelectual sobre as biotecnologias, em especial, sobre as invenções a partir da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais e ela associados.

Impõe-se assim, um regime de propriedade intelectual único, que atende a visão individualista e capitalista das grandes empresas laboratório, concentrando cada vez mais em suas

⁴⁷ SHIVA, Vandana. *Biodiversidade, Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização*. In Boaventura de Sousa Santos (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 101.

mãos, o poder econômico e científico, excluindo dessa forma, as populações marginalizadas das florestas e do campo.

9 - Conhecimento Tradicional X Conhecimento Científico

Quando se pensa na agricultura, tem que se fazer uma recuperação histórica de como ela vai se formando ao longo do tempo. No momento em que o homem deixou de ser nômade e se fixou num determinado território, ele começa a produzir seus alimentos e armazena-los para suprir uma necessidade futura.

Na medida em que o homem vai manipulando as espécies que formarão a sua base alimentar, a partir de um sistema seletivo que ao longo do tempo aprimora geneticamente essas espécies, ele constrói uma estrutura de conhecimento que lhe permite viver de forma agrupada em um determinado local. Desse modo de produzir se originam determinadas relações que vão definindo as estruturas sociais. O modo de se relacionar com a natureza vai conformando a estrutura social e especificando os meios de se adquirir posses.

O que a espécie humana conseguiu por meio das agriculturas foi a segurança alimentar, expressão que hoje volta a ganhar o debate político. Afinal domesticar espécies animais e vegetais é torna-las parte de nossa casa (em latim, domus, daí domesticar). Assim, mais uma vez, alimento e abrigo (domus, casa) voltam a se encontrar conformando um conjunto de questões interligadas para oferecer maior segurança a cada grupo que, assim, se constituiu por meio de sua cultura formando seus territórios (domínios).⁴⁸

⁴⁸ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 209.

Daí, se valendo ainda de Vandana Shiva⁴⁹, vê-se que o domínio da produção-reprodução, o uso da semente para a produção de alimentos, atende as necessidades da comunidade, ao mesmo tempo em que permite a reprodução do sistema onde agricultura, pecuária, caça, pesca formam um todo multidimensional, pautada pela diversidade biológica. (...)

Salta desse quadro, a figura do camponês, para quem:

[...] a terra é muito mais do que objeto e meio de produção. Para o camponês a terra é o seu lugar natural, de sempre, antigo. Terra e trabalho mesclam-se em seu modo de ser, viver, multiplicar-se, continuar pelas gerações futuras, reviver os antepassados próximos e remotos. A relação do camponês com a terra é transparente e mítica: a terra como momento primordial da natureza e do homem, da vida. É aí que se demarca o espaço da família, parentes, vizinhos. Todos são membros da mesma comunidade de laços e prestações, favores e obrigações. Apoiados na terra e trabalho, todos participam de um mesmo e únicos nós.⁵⁰(IANNI, p. 28)

O camponês se basta para si. Ele não depende do outro para a sua subsistência, pois o que produz lhe é suficiente. O conhecimento que lhe propicia uma organização de produção e social autônoma lhe pertence, pois é um legado familiar que foi formado por seus ancestrais.

O que se percebe dessa relação é que, ao mesmo tempo em que vai se criando novos conhecimentos, se forma e se consolida uma cultura que varia de lugar para lugar, pois cada agrupamento humano encontra soluções próprias para os seus problemas, daí se poder dizer que, na esteira de Porto-Gonçalves, “a

⁴⁹ SHIVA, Vandana. Biodiversidade, *Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização*. In Boaventura de Sousa Santos (org.). Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

⁵⁰IANNI, Octavio. Revoluções Camponesas na América Latina. In Revoluções Camponesas na América Latina. Org.: José vicente T. dos Santos. S. Paulo, Ícone Editora/Editora da UNICAMP, 1985

espécie humana embora biologicamente a mesma, diferenciou-se pela cultura”.⁵¹

Se pensarmos como se estruturava a exploração camponesa no período feudal, veríamos que o camponês, além da pequena porção de terra cercada ao redor de sua casa, onde cultivava para o consumo diário, participava ainda, fora da aldeia, de um sistema de produção no qual se dividia a terra para cultivo em três afofheamentos, os quais, por sua vez, também se dividiam em parcelas iguais, que pertenciam cada qual privativamente a uma família. Um afofheamento significava que todos cultivavam uma única espécie naquela área. Já a zona não partilhada era explorada em comum e compreendia as pastagens e a floresta. O que importa realçar é que a noção de propriedade dominante nesse período não é a da apropriação individual, como mais tarde vem de acontecer.

Com a revolução liberal e o avanço tecnológico com a descoberta da máquina a vapor, se instaura um novo modo de produzir, através de utilização de insumos artificiais e da mecanização da lavoura. A esse novo processo se chamará de Revolução Verde, que determina uma grande transformação no meio rural, passando este a ser determinado pela lógica do mercado.

Desse modo, mudam as formas de conhecimento sobre a produção e a domesticação das espécies, onde havia uma estreita relação entre a agricultura, pecuária e o extrativismo, garantidora de segurança alimentar para a comunidade. Num determinado momento sofre uma profunda mudança, pois a partir de então, todo o processo produtivo se dá a partir da lógica mercantilista, que leva a separação entre aquele que produz o alimento e o outro, que produz o conhecimento.

Essa separação determina um novo método no modo de produzir: de uma produção assentada na diversificação, passa-se para a produção de um produto só, a monocultura, que no dizer de Porto-Gonçalves “é a negação de todo um legado histórico

⁵¹ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 208.

da humanidade em busca da garantia da segurança alimentar na medida em que, por definição, a monocultura não visa a alimentar a quem produz e, sim, a mercantilização do produto”.⁵²

Nitidamente se percebe nesse modelo que o homem rural deixa de produzir de uma forma autóctone, auto-sustentável, e passa a depender de um conhecimento que está em outro lugar, fora de seu âmbito de vida, ditada por uma lógica meramente mercadológica.

Assim,

[...] com o conhecimento produzido em laboratórios de grandes empresas em associação cada vez mais estreita com o Estado, a propriedade intelectual individual (patentes) se coloca em confronto direto com o conhecimento patrimonial, coletivo e comunitário característico das tradições camponesas, indígenas, afrodescendentes e outras originárias de matrizes de racionalidade distintas da racionalidade atomístico-individualista ocidental.⁵³

Forma-se um processo de dominação, onde aquele que produz a partir de um conhecimento que lhe pertence historicamente, vê-se preso a um esquema de produção na qual quem determina o que produzir, como produzir, é a grande empresa laboratório, desde agora, nova “dona” do conhecimento.

10 - Considerações Finais

Para, portanto, respondermos a problemática proposta nesse artigo, é necessário, portanto, considerar, neste cenário, a idéia de contingência. Ou seja, nenhum processo econômico, político, social, tecnológico e cultural é imutável na atualidade.

⁵² PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 213.

⁵³ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 219.

Não perceber a idéia de que estruturas podem ser modificadas de forma rápida no contexto global é não permitir a produção de diferenças. Neste sentido, são necessárias estratégias que transcendam a idéia de Estados-Nação hegemônicos em termos econômicos e políticos. Todavia, no que tange às práticas discursivas, deve-se buscar “estratégias contra-hegemônicas” e “estratégias legitimadoras de emancipação”⁵⁴.

Desta forma, uma possibilidade diferenciada de práticas discursivas encontra-se nas “perspectivas pós-coloniais”. As mesmas “emergem do testemunho dos países de Terceiro Mundo e dos discursos das “minorias” dentro das divisões geopolíticas de Leste e Oeste, Norte e Sul”⁵⁵. Buscam intervir na formação de discursos ideológicos da pós-modernidade que tentam aferir uma “normalidade” hegemônica à irregularidade de desenvolvimento e às histórias diferenciadas entre as nações, comunidades, raças ou povos.

Na perspectiva pós-colonial a cultura é observada como estratégia de sobrevivência tanto transnacional como tradutória. Tradução no sentido de que as histórias espaciais de deslocamento (acompanhadas das disputas territoriais e tecnologias globais e midiáticas) priorizam como a cultura significa e é significada. Assim, os discursos naturalizados como “unificadores” de povos e nações não podem ter referências imediatas. Tal perspectiva desperta consciência acerca da “construção da cultura e da invenção da tradição”⁵⁶.

É necessário, portanto, buscar a percepção do lugar híbrido atribuído aos valores culturais onde a “metáfora da “língua” traz à tona a questão da diferença e incomensurabilidade culturais”⁵⁷. Tal compreensão possibilita o (re) questionar das noções etnocêntricas e consensuais da existência pluralista da diversidade cultural.

⁵⁴ BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998. p. 240.

⁵⁵ BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998. p. 238.

⁵⁶ BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998. p. 241.

⁵⁷ BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998. p. 247.

Assim, o Pós-Moderno aborda, principalmente, noções de valor como desenvolvimento, velocidade, tecnologia. Por mais volátil e adaptável que sejam as perspectivas dos discursos pós-modernos, todavia, não se concentram no cerne da tradução dos processos culturais; suas trajetórias e errâncias no âmago de seus processos construtivos. Desta forma, também não percebe os tempos de transformação na própria prática discursiva. Entretempo este entre a proposição e emissão de discursos e recepção dos mesmos. Nesta trajetória/deslocamento modificam-se as estruturas, as instituições. O discurso se auto-produz e deixa-se atravessar em pequenas fissuras, produzindo outras práticas oriundas de novas percepções e produções lingüísticas específicas em dado espaço e tempo. Em outras palavras, o discurso da “cena ecológica” assume diferentes roupagens de seu lugar inicial de hegemonia. “Assume perspectivas no domínio da outridade e do social, onde a identificação se dá na própria diferença”⁵⁸.

Tal concepção permite a construção de diálogos e processos democráticos conscientes acerca da questão ambiental. Permite decidir com “agência”. Capacidade de agir e vivenciar. Ação coletiva no sentido de movimentação (movimentos sociais) que consigam perceber as diferenças e rupturas entre as diversas concepções da “cena ecológica”. Na realidade, diálogo de saberes em construção.

Modernidade e Pós-Modernidade são elas mesmas construídas a partir da perspectiva marginal da diferença cultural. Diferença que estrutura. A diferença própria é uma estrutura. Estrutura estruturante no sentido de padronizar, em determinado campo, de forma violenta. Violência simbólica na produção do discurso da “cena ecológica”⁵⁹.

Por fim, a noção de *habitus* é interessante nesta compreensão. *Habitus* “enquanto conjunto estratificado e dinâmico de disposições que registram, armazenam e prolongam a influência

⁵⁸ BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998. p. 257.

⁵⁹ BOURDIEU, Pierre. *Le sens pratique*. Paris: Les Editions de Minuit, s.d.

de ambientes diversos encontrados sucessivamente na vida das pessoas”.⁶⁰ Também em Bourdieu como estruturas estruturantes, disposições duráveis e transponíveis⁶¹. Sherry Ortner⁶² diferencia a noção de *habitus* em Bourdieu, Foucault e Giddens. Para os primeiros a noção é profundamente internalizada, fortemente controladora e inacessível à consciência. Já para Giddens, “os sujeitos são capazes de refletir, até certo ponto, sobre suas circunstâncias”.⁶³

Independente da consciência parcial ou não-consciência do sujeito acerca destas estruturas, o importante é salientar a constituição do *habitus* enquanto somatório de condições culturais e condições simbólicas (culturais). Neste sentido a percepção da “cena ecológica” nos diversos lugares do globo depende da noção de *habitus* influenciada ao mesmo tempo por princípios de sociação e individuação. No primeiro caso porque “nossas categorias de juízo e ação, advindas da sociedade, são compartilhadas por todos aqueles que se sujeitarem à condicionamentos e condicionamentos sociais semelhantes; e no segundo porque cada pessoa pode ter trajetória e localização únicas no mundo”.⁶⁴

Desta forma, a incorporação da noção de *habitus* para percepção das práticas discursivas no campo da ecologia é de suma importância para desvelar mecanismos inconscientes em determinados grupos assujeitados por discursos pós-modernos; que desconSIDERAM a contingência, indeterminismo e os espaços conflituosos próprios do processo de globalização, principalmente no que tange a construção de saberes na cartografia de Estados-Nação pós-coloniais inseridos no universo transnacional.

⁶⁰ WACQUANT, Loïc. *Mapeando o Habitus*. In: **Habitus**. Goiânia, v. 2, n. 1, p. 11-18, jan/jun. 2004. p. 14.

⁶¹ BOURDIEU, Pierre. *Le sens pratique*. Paris: Les Editions de Minuit, s.d. p. 88.

⁶² ORTNER, Sherry B. *Uma atualização da Teoria Prática*. In: Conferências e Diálogos: saberes e práticas antropológicas: 25ª Reunião Brasileira de Antropologia. Goiânia: Nova Letra, 2006.

⁶³ ORTNER, Sherry B. *Uma atualização da Teoria Prática*. In: Conferências e Diálogos: saberes e práticas antropológicas: 25ª Reunião Brasileira de Antropologia. Goiânia: Nova Letra, 2006. p. 27.

⁶⁴ WACQUANT, Loïc. *Mapeando o Habitus*. In: **Habitus**. Goiânia, v. 2, n. 1, p. 11-18, jan/jun. 2004. p. 14.

É justamente nesta tensão entre estrutura e capacidade de agência que se pode alcançar possibilidades para resoluções de conflitos entre sustentabilidade e consumo. A resistência encontra-se no tensionamento e no “empoderamento”, ou seja, na busca e conseqüente acesso a informações sobre o que consumir, como consumir, quais as externalidades deste consumo. É através desta reflexividade sobre as ações do cotidiano que indivíduos e coletivos podem conviver com as ambivalências da sociedade contemporânea, compreendendo as estruturas produtoras de expectativas e as possíveis contingências das decisões tomadas neste circuito.

O discurso entificante da tecnologia/economia e de suas “salvações” pode dificultar a compreensão das relações entre ecossistemas com os quais compartilhamos a existência. Desta forma, percebe-se que a informação tecnológica também necessita ser salva se quisermos salvar a bio-sócio-diversidade. Ou seja, salvar o objeto técnico do estado de alienação que ele é mantido pelo sistema econômico. Tal concepção pode soar estranho para ambientalistas, mas “talvez a salvação da natureza e da humanidade dependa de nossa capacidade de também salvar a técnica e a tecnologia”.⁶⁵ O objeto técnico é valioso pois é um processo contínuo de invenção em um espiral contínuo com a natureza, calcado de um emaranhado de significações que precisa ser percebido em rede e não somente por aspectos econômicos e mercadológicos. Tal questionamento é de sumária importância no que tange a biodiversidade, sem sobra de dúvida, nossa maior riqueza planetária. Possibilita e continuará proporcionando a continuidade da vida sobre a superfície da terra.

Largamente explorada pelo mercado por décadas, a diversidade genética em suas espécies vêm sendo coletadas por institutos de pesquisa, públicos ou privados, majoritariamente de países desenvolvidos, em florestas, montanhas, campos, serrados

⁶⁵ SANTOS, Laymert Garcia dos. Politizar as novas tecnologias: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 66.

dos países megadiversos, em sua maioria do sul.⁶⁶ Óbvio que a intenção de quem fazia “pesquisas” e levava material para os seus países não era apenas para corresponder a curiosidade científica, mas certamente haviam aqueles, que pretendiam fazer grandes descobertas que pudessem ser utilizadas em seus países e gerar ganhos econômicos, o que ocorreu em muitos casos conhecidos. Hoje é notório que uma grande quantia de espécies encontra-se conservados *ex situ*⁶⁷, em bancos de germoplasma, fora de seu país de origem.

Sem dúvida nenhuma, o avanço tecnológico se apresenta como de fundamental importância para os países do sul, mas é inegável que na forma como se desenvolve esse processo, há uma nítida vantagem para os países do Norte, pois de uma forma sutil, criaram um sistema de normas internacionais, principalmente a partir do Acordo TRIPS, que só eles se beneficiam, em detrimento dos países do Sul.

Estes, mesmo sendo detentores da maioria dos recursos naturais do planeta, perdem o controle da sua exploração para as grandes conglomerações internacionais, que em nome do direito de propriedade intelectual, submetem diversas sociedades produtoras aos seus interesses, gerando com isso ganhos fantásticos, ao mesmo tempo em que monopolizam o mercado mundial.

Na área de recursos naturais, em especial o referente aos recursos da biodiversidade, devem os países da América Latina, criarem um sistema continental de proteção de seus direitos sobre esses bens, que pode ser extensivo a outros países de outros continentes que também se caracterizam por serem megadiversos.

⁶⁶ “Segundo a ONG Conservation International, dos 17 países mais ricos do mundo (entre os quais figuram Estados Unidos, China, Índia, África do Sul, Indonésia, Malásia e Colômbia, o Brasil está em primeiro lugar disparado: detém 23% do total de espécies do planeta.”

⁶⁷ “Conservação *ex situ*” significa a conservação de componentes da diversidade biológica fora de seus habitats naturais. Uma grande quantidade de material coletado encontra-se em bancos de germoplasma distribuídos pelo mundo.

Se a biodiversidade é uma das maiores riquezas da América Latina, porque lhe é dada pouca atenção como estratégia de desenvolvimento para o seu povo? Seguindo essa senda, se poderia dizer que as formas (ou modo) de produção determinado pelo capital destrói a grande riqueza representada pela biodiversidade, gerando uma situação em que fica para o povo latino-americano o prejuízo com a destruição do ecossistema e, conseqüentemente, a miséria, enquanto os grandes laboratórios ganham lucros fantásticos.

12 - Referências

ADAM, Roberto Sabatela. Princípios do Ecoedifício: Interação entre Ecologia, Consciência e Edifício. São Paulo: Aquariana, 2001.

ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. **Economía ecológica y política ambiental**. 2ª ed. México: FCE, 2001.

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de & BERGER FILHO, Airton G. Propriedade Intelectual sobre a Diversidade Biológica e sobre os Conhecimentos Tradicionais Associados: entre a sustentabilidade e a biopirataria. In: **Revista de Integração Latino-Americana (RILA)**, Mestrado em Integração Latino-Americana (MILA). Santa Maria: ano 1, nº2, 2005.

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. *A função social da propriedade agrária*. In. LEAL, Rogério Gesta, ARAUJO, Luiz Ernani. (orgs.) **Direitos Sociais e políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul – RS: EDUNISC, 2001.

ARNT, Ricardo. Tesouro Verde. In: **Exame**, ano 35, nº 9, 2001.

BARBOSA, Denis Borges. **Biodiversidade, Patrimônio Genético e Propriedade Intelectual**. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/79.doc> Acesso em: 23 out. 2002 (a)

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BECK, Ulrich. O que é globalização: Equívocos do globalismo – Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998.

BONES, Elmar; HASSE, Geraldo. Pioneiros da Ecologia: breve história do movimento ambientalista no Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Já Editores, 2002.

BONILA, José A. Fundamentos da Agricultura Ecológica: Sobrevivência e qualidade de vida. São Paulo: Nobel, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **Le sens pratique**. Paris: Les Editions de Minuit, s.d.

BRITO, Francisco A. CÂMARA, B.D. Democratização e Gestão Ambiental: Em busca do desenvolvimento sustentável. Petrópolis RJ: Vozes, 1998

CAPRA, Fridjof. **As Conexões Ocultas**. São Paulo: Editora Cultrix, 2002.

CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. v. 2. O poder da identidade. 3 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura – Volume I: A Sociedade em Rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. **A questão urbana**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

FONSECA, Gustavo A.B. da & SILVA, José Maria C. da. Megadiversidade da Amazônia: desafios para a sua conservação. In **Ciência & Ambiente**/ Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, nº 31, jul/dez 2005.

FRANCO, Maria de Assunção Ribeiro. *Planejamento ambiental para a cidade sustentável*. São Paulo – SP: Annablume: FAPESP, 2001.

HAWKEN, Paul. *Capitalismo Natural: criando a próxima revolução industrial*. São Paulo, SP: Cultrix, 1999.

JÚNIOR, Ênio Viterbo. *Sistema Integrado de Gestão Ambiental: “Como implementar a ISSO 14.000 a partir da ISSO 9.000, dentro de um ambiente GQT”* São Paulo: Aquariana, 1998.

LE CORBUSIER. **Planejamento urbano**. São Paulo, SP: Perspectiva, 2000.

LEFORT, Claude. *Pensando o Político: Ensaio sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LÉVÊQUE, Christian. **A Biodiversidade**. Tradução: Valdo Memelstein. Bauru, SP: EDUSC, 1999.

LUHAMNN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Traducción de Josexo Beriain. Madrid: Trotta 1998.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à Educação de Futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2001.

ORTNER, Sherry B. Uma atualização da Teoria Prática. In: **Conferências e Diálogos: saberes e práticas antropológicas: 25ª Reunião Brasileira de Antropologia**. Goiânia: Nova Letra, 2006.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, consumo e cidadania**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

RIFKIN, Jeremi. **O Século da Biotecnologia**. São Paulo: Makron Books, 1999.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Politizar as novas tecnologias: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética. São Paulo: Ed. 34, 2003.

SANTOS, Milton, SOUZA, Maria Adélia de, SILVEIRA, Maria Laura. **Território: Globalização e Fragmentação**. São Paulo: Hucitec, 1996.

SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. São Paulo: Studio Nobel, 2002.

SHIVA, Vandana. Biodiversidade, Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização. In Boaventura de Sousa Santos (org.). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SOUZA, Marcelo Lopes de. Mudar a Cidade: Uma introdução crítica ao Planejamento e à Gestão Urbanos. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

VARELLA, Marcelo Dias, BORGES, Roxana Cardoso B. **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1998.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WACQUANT, Loïc. *Mapeando o Habitus*. In: **Habitus**. Goiânia, v. 2, n. 1, p. 11-18, jan/jun. 2004.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO: UM OLHAR SOBRE A QUESTÃO AMBIENTAL

Luiz Henrique Urquhart Cademartori¹

Daniela Richter²

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, concebe-se, a constituição como sendo o instrumento institucional, de orientação ético política a pautar, com força jurídica, os desígnios do Estado e da Sociedade. Muito além da separação dos poderes, as constituições do segundo pós-guerra, também são preenchidas de carga axiológica, pautada sobremaneira pelos direitos fundamentais, tendo como feixe central de irradiação dos demais direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹ Mestre em Filosofia do Direito e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Possui pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Universidad de Granada, Espanha Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Autor de diversas obras jurídicas de direito público e artigos para periódicos e revistas científicas

² Doutoranda em Direito pela UFSC/SC. Advogada, Coordenadora Adjunta da Cátedra de Direitos Humanos, Professora da Faculdade Metodista de Santa Maria-FAMES, da UNISC e do Centro Universitário Franciscano-UNIFRA. Integrante do grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, do Curso de Direito da UNIFRA. Endereço eletrônico: danielarichter@ibest.com.br

Nesse contexto é que surgiram e paulatinamente se consolidaram teorias tais como o neoconstitucionalismo e o garantismo, sendo este último, portador de duras críticas às principais teses neoconstitucionais, notadamente, quanto à proposta de interpretação moral da Constituição e sua decorrente proposta de concretizar, sob uma base de moral objetiva e externa, os princípios jusfundamentais. Diante desse quadro, o que se pretende aqui é analisar se essas teorias constitucionais são, de fato, capazes de efetivar tais direitos à população latino-americana, no que tange a preocupação ambiental da reserva de direitos às presentes e futuras gerações.

Isso porque, de outra parte, uma diversa corrente teórica, também recente, chamada de “novo constitucionalismo latino americano” apresenta-se com uma pauta centrada nos ideais de um Estado plurinacional, onde conceitos como participação popular, legitimidade e pluralismo assumem uma ressignificação. Dito de outro modo, a presente pesquisa parte da problematização de ser ou não uma, ou ambas as teorias primeiramente citadas (neoconstitucionalismo e garantismo), capazes de assegurar a fruição desses novos valores dentro do ordenamento de cada Estado e qual o papel do constitucionalismo latinoamericano diante desses desafios.

Especificamente, quer-se analisar as constituições do Equador e da Bolívia, em contraponto à Brasileira, no que tange à promoção e ao desenvolvimento da sustentabilidade. Para tanto, será necessário construir pontes, a despeito das divergências teóricas entre ambas, conectando o neoconstitucionalismo com a teoria garantista a partir dos marcos teóricos de Suzana Pozzollo e Luigi Ferrajoli.

Após isso, demonstrar-se-á a relação que decorre dos dispositivos que positivam a preocupação ambiental nos países relatados, já que Equador e Bolívia fazem parte do ciclo plurinacional do constitucionalismo na América Latina, instaurado a partir de 2008, enquanto que a constituição do Brasil, data de 1988, período anterior ao advento desta nova corrente latinoamericana.

Assim, para a realização do trabalho, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, partindo-se do paradigma normativo inaugurado pelos artigos 225 da Constituição Federal Brasileira, que elege o direito ambiental como direito fundamental das presentes e futuras gerações, bem como dos artigos 14, 26, 30, 32 e 71 da Constituição Equatoriana a fim de entender e desenvolver o direito de *sumak kamsay*, ou seja, do direito à vida em sua plenitude. Já, na Constituição da Bolívia, analisar-se-ão os artigos 8º, 16, 19, 20, 33 e 34.

1. O CONSTITUCIONALISMO E OS VALORES DECORRENTES DAS CONSTITUIÇÕES: CONSTRUINDO PONTES E ABISMOS ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E O GARANTISMO

Inicialmente, far-se-á análise dos atuais estágios do constitucionalismo latino americano, para após, conceituar e contextualizar as diretrizes do neoconstitucionalismo e da crítica garantista.

Assim, um primeiro ciclo multicultural, vai ser enquadrado de 1982-1988 e vai introduzir o conceito de diversidade cultural, do reconhecimento da configuração multicultural da sociedade e alguns direitos específicos para os povos indígenas. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2013). Alguns países como Canadá (1982), por exemplo, reconhecem sua herança multicultural e os “direitos aborígenes”, enquanto que a Guatemala (1985), Nicarágua (1987) e Brasil (1988) reconhecem a “conformação multicultural da nação ou Estado, o direito à identidade cultural e novos direitos indígenas” (FAJARDO, 2006). Especificamente quanto ao Brasil têm-se dois artigos incorporando os direitos indígenas e outros dois tratando de direitos das comunidades quilombolas.

Já o segundo período de reformas, o constitucionalismo pluricultural está compreendido entre 1989-2005, marcando a internacionalização da Convenção 169-OIT, que revisa a Convenção 107 e adota um amplo leque de direitos indígenas, exemplificativamente o caso da língua, da educação bilíngue, das formas de participação etc³. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2013)

Pode-se ainda, citar um último ciclo, o do constitucionalismo plurinacional, que vai de 2006-2009 e traz, nessa seara, as constituições boliviana e equatoriana, situadas no contexto da discussão sobre os direitos dos povos indígenas, e, pois, fundadas em dispositivos visando uma “refundação do Estado”. Além disso, pleiteando o reconhecimento de indígenas como nações/povos originários e nacionalidades e, portanto, como “sujeitos políticos coletivos com direito a definir seu próprio destino, governar-se em autonomias e participar nos novos pactos de Estado”.

Nesse sentido, apresentados os ciclos constitucionais na visão de Raquel Yrigoyen Fajardo, retoma-se a ideia da Constituição Federal (CF) de 1988, representante do primeiro ciclo e, a partir dela apresentar-se-ão as teorias constitucionais.

Assim, é indubitável que a referida CF foi o grande marco para instauração do novo modelo constitucionalista no Brasil, ou seja, do constitucionalismo contemporâneo. Tal fato se deve ao caráter axiológico desta Constituição. Nas palavras de Barroso (2007, p. 10), a referida Constituição foi o ponto culminante de processo de restauração do Estado Democrático de Direito e superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício de poder, timbrada na intolerância e na violência.

³ A jurisdição indígena é reconhecida na Constituição colombiana de 1991 e depois pelo Peru (1993), Bolívia(1994-2003), Equador (1998) e Venezuela(1999); Paraguai (1992) e México(1992-2001),por sua vez, reconhecem pluralismo jurídico e direito indígena. Argentina altera, em 1994, o texto original da Constituição de 1853, admitindo a preexistência de direitos indígenas, assegurando-lhes direitos específicos, mas deixando ao Congresso a competência para regulação em matéria indígena. Ver RAMÍREZ, 2008.

Lembre-se, aqui, a frase dita por Konrad Hesse “a essência constitucional encontra suporte na sua vigência” (HESSE, 1991, p. 26).

A este passo, a ideia de Estado Democrático de Direito elencada no art. 1º da Carta Magna Brasileira, traz conceitos que são próximos, mas não devem ser confundidos, que são constitucionalismo e a democracia. Constitucionalismo, em última análise, significa limitação do poder e supremacia da lei, já democracia traduz-se em soberania popular e governo da maioria.

Rememore-se, portanto, que o constitucionalismo contemporâneo surge como um instrumento de concretização dos valores, normas e direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna de 1988. Deste modo, há uma primazia do indivíduo para com o encontro de questões ligadas a solidariedade e responsabilidade para com o Estado para a realização destes preceitos constitucionais.

Portanto, nesse limiar da evolução do constitucionalismo contemporâneo, emergiu o neoconstitucionalismo, termo usado pela primeira vez por Suzanna Pozzolo, em 1993, em uma conferência em Buenos Aires, para determinar “um certo modo anti-justosupositivista de se aproximar o direito” (DUARTE, POZZOLO, 2006, p. 77). De lá prá cá, muitos autores tentam explicá-lo.

A princípio pode-se destacar o sentido do prefixo “neo” que presume considerar algo que é novo ou que ainda não foi desvendado, que está em desenvolvimento, determinando certo avanço em relação ao estado anterior. Tal é a premissa do neoconstitucionalismo, ou seja, visualizar o constitucionalismo contemporâneo, ou como prefere expor Tavares (2007, p.4) trata-se de um “constitucionalismo do por vir”.

Assim, conforme a doutrina pode-se dizer que o neoconstitucionalismo foi propulsionado por diversos aspectos, como a falência do padrão normativo que foi desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do Parlamento, influência da globalização, pós-modernidade, superação do positivismo clássico, centralidade dos direitos fundamentais, diferenciação qualitativa entre princípios e regras e a revalorização moral do Direito.

Para Suzana Pozzolo (1998, p. 234) o neoconstitucionalismo apresenta peculiares características, como a adoção de uma noção específica de Constituição juntamente com técnicas interpretativas, notadamente de princípios, denominadas ponderação ou balanceamento e também com a consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à teoria do Direito⁴.

Por fim, nas palavras de Cambi (2009, p.136) pode-se concluir que “o neoconstitucionalismo é a teoria que abrange e explica essa linha comum de pensar o direito contemporâneo”. E, neste sentido, pode-se “enfrentar o estudo do neoconstitucionalismo como um novo paradigma do Direito”, já que ele “enxerga o direito como ele pode ser, vale dizer, como fenômeno transformador. Mais do que a superação de uma metodologia jurídica – o que já seria uma grande proposta – o neoconstitucionalismo muda uma certa concepção paradigmática, pois pretende superar o debate entre positivistas e jusnaturalistas, lançando mão de uma nova teoria para o direito, tomando como ponto central a Constituição”.

Entretanto, ainda sob um mesmo contexto constitucionalista atual, embora centrado em teses totalmente divergentes, Ferrajoli (2012, p. 13) sustenta uma concepção “estritamente juspositivista”, que segundo ele é uma concepção e/ou um modelo de direito que reconhece como direito qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independentemente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça.

Na sua visão crítica ao neoconstitucionalismo, o constitucionalismo contemporâneo é concebido “não como um novo e

⁴ Em análise peculiar para Moreira (2008) são sete as condições para que se possa verificar a constitucionalização do Direito. As três primeiras são condições que chamamos de pressupostos, são de natureza formal, a saber: uma constituição rígida, a presença de uma jurisdição constitucional e a força vinculante da Constituição. As outras condições são de natureza material, a aplicação direta das normas constitucionais, a sobreinterpretação, a interpretação conforme a Constituição e a influência da mesma sobre as relações políticas.

mais desenvolvido paradigma juspositivista, mas como uma superação em sentido antipositivista do próprio positivismo”. Ele é resultado, pois de uma “mudança de paradigma do velho positivismo” (FERRAJOLI, 2012, p. 22)

Portanto, na visão de Ferrajoli, o constitucionalismo equivale “a um projeto normativo que exige ser realizado através da construção, mediante políticas e leis de atuação, de idôneas garantias e de instituições de garantia” (2012, p. 25). E, prossegue dizendo que nenhuma das teorias admite a conexão entre direito e moral, dizendo que, ao contrário, sua separação é por elas reforçada.

Em linhas gerais, pois, podem-se descrever as teses centrais que embasam a crítica do Garantismo ao Neoconstitucionalismo, partindo-se da premissa de que, ao contrário desta última corrente teórica, aquele não pretende separar-se, cingir, ou superar o Positivismo Jurídico, substituindo sua matriz epistemológica por outra de caráter jurídico-moral. Pelo contrário, e com já se disse, afirma sua teoria sob bases positivistas, porém, reforçando suas teses centrais e corrigindo distorções oriundas da sua primeira versão, chamada por Ferrajoli de “Paleopositivismo”. A rigor, pode-se identificar no Garantismo, segundo Gascón de Abellán, como seus traços mais característicos, uma dupla divergência nos planos do “Dever Ser” e do “Ser” do Direito⁵.

Agora, tais distinções, não implicam afirmar que o Direito não incorpore valores ou princípios morais, ou não tenha uma certa relação conceitual necessária com a moral. Entretanto, o ponto de divergência de Ferrajoli se baseia no fato de que as constatações acima sobre as implicações entre o Direito e a Moral levam a duas conclusões básicas: a) a moralidade (ou justiça) de uma norma não implica a sua necessária juridicidade (ou validade, ou ainda, seu pertencimento ao um dado ordenamento

⁵ A primeira delas se configuraria entre o chamado “dever ser externo” ou ético-político do Direito e o “ser” dos sistemas jurídicos no seu conjunto, o que em verdade revela a clássica separação entre Direito e Moral, vale dizer, entre Justiça e Validade, ou entre Legitimidade Externa e Legitimidade Interna.

jurídico). B) A juridicidade (validade ou pertencimento ao um sistema jurídico) de uma norma não implica a sua moralidade ou justiça.

A negação da primeira tese constitui o substrato do Jusnaturalismo Clássico. Já, a negação da segunda tese apresenta um caráter ambivalente, vale dizer, expressa um postulado jusnaturalista ao se assumir uma noção substancial e meta-jurídica de juridicidade ou validade, enunciando uma confusão entre tais esferas como o faz Robert Alexy, ao afirmar que uma norma perde sua validade jurídica quanto se apresenta como extremamente injusta, exemplificativamente⁶.

A segunda divergência entre o “Ser” e o “Dever-Ser” apontada como central para definir a proposta Garantista, revela-se ainda mais importante, introduzida pela positivação, nas atuais constituições rígidas, das condições substanciais de validade das leis, que são os direitos fundamentais, operando-se na diferenciação entre validade e vigência, ou seja, entre o “dever ser interno” (no Direito) e o “Ser” das normas legais⁷.

Finalmente, soma-se às divergências antes apontadas, uma terceira, referente à banal diferença entre direito e realidade, ou normatividade e efetividade, entre normas e fatos, em suma, entre o “Dever Ser” jurídico (ou de direito) e a experiência jurídica concreta, vinculada, não mais ao caráter descritivo, mas normativo do direito, com respeito às condutas reguladas, incluindo-se aqui, o funcionamento real das instituições e seus aparatos de poder.

⁶ Ao contrário de tais remissões jusnaturalistas, uma tese ético-legalista como a de Ferrajoli, expressa a idéia de que as normas jurídicas possuem sempre algum valor moral, independente do seu conteúdo, no caso de que se assumam uma noção formal e puramente intra-jurídica de juridicidade, ou validade, sendo este o critério central de interpretação das normas e não o apelo imediato a valores de justiça.

⁷ Ambos os juízos requerem critérios, também jurídicos (no caso do “Ser”) e não apenas fáticos e, de outra parte, apenas jurídicos (no caso do “Dever Ser”), pois ambos se remetem à interpretação sobre produção infraconstitucional de leis e sua conformidade com a Constituição, nos âmbitos procedimental (vigência), além de substancial ou material, quanto à observância dos direitos fundamentais (validade).

Realizados os apontamentos sobre os debates atuais do direito constitucional e dos ciclos do constitucionalismo, passa-se a delinear as especificidades das novas Constituições do Equador e da Bolívia.

2. O ORDENAMENTO JURÍDICO DO BRASIL, DO EQUADOR E DA BOLÍVIA: UMA ANÁLISE DAS NOVAS CONSTITUIÇÕES E DO DIREITO DE BEM VIVER

Luigi Ferrajoli, a partir da sua matriz garantista, afirma que as Constituições do Brasil (1988), do Equador (2008) e da Bolívia (2009) operam uma revolução paradigmática no Constitucionalismo, inaugurando uma nova fase do constitucionalismo democrático. Muito em razão da ampla positivação dos direitos sociais: tal processo alteraria radicalmente o papel atribuído à Administração Pública, sendo necessário repensar a estrutura institucional do aparelho burocrático estatal. Segundo o jurista italiano, os direitos sociais descansam na “esfera do indecidível”, situação na qual nenhuma maioria pode validamente decidir. Isto significa que esta esfera dos direitos fundamentais (os direitos sociais) será imposta enquanto programa democrático-constitucional (sendo normas de aplicação imediata) contra maiorias eventuais que contra ela se prostrem. É um terreno tipicamente garantista⁸.

⁸ Daí porque Ferrajoli separa duas dimensões nas quais poderiam se articular a democracia constitucional: a dimensão afeta à discricionariedade política, relacionada às funções e instituições de governo; e a dimensão jusfundamental da esfera do indecidível, com as respectivas funções e instituições de garantia. Assim é que, a partir de algumas críticas do garantismo, à corrente oposta, o neoconstitucionalismo, pode-se esclarecer algumas situações do direito brasileiro e de seu constitucionalismo que demandam situar na sua devida dimensão, as caracterizações de Ferrajoli (2012), quanto à terceira geração de Constituições, é dizer, as constituições latino americanas. Seus elogios e os caracteres de qualidade apontados, tais como: a) mais

Assim, especificamente sobre a Constituição Equatoriana, tem-se que *sumak kamsay* descreve um antigo modo de viver em harmonia no seio das comunidades indígenas, da sua vivência entre as pessoas e, em especial, desse contato com a natureza. Numa tradução literal significa “vida boa” ou “boa da”⁹.(PACHAMAMA, 2013)

Ressalte-se que a Constituição do Equador de 2008, foi a primeira Constituição a incorporar os direitos de natureza em seu corpo legal, o que vai bem mais além do reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado¹⁰ às presentes e futuras gerações asseguradas pela Constituição Brasileira de 1988.

Logo, ao se reconhecer tamanha importância, estendeu-se ao direito ambiental a qualidade de um direito fundamental e humano, tal qual o direito à vida, à liberdade, dentre tantos outros que se poderia aqui mencionar. Aliás, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida e à dignidade humana, fundamento maior daquele diploma legal.

Destarte, o § 1º do supracitado artigo, traz a imposição ao Poder Público de ações com o desígnio de asseverar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ressalte-se que há um vasto campo de regulamentação infra-

forte rigidez; b) mais amplo catálogo de direitos; c) vínculos orçamentários em matéria de direitos sociais; d) controle de constitucionalidade por omissão; e) um Ministério Público instituído para defesa dos direitos fundamentais; f) a defesa pública ao lado da acusação pública; g) as instituições de garantia dos direitos políticos; demandam uma análise sob um ponto de vista das especificidades do constitucionalismo latino americano, nos termos, a seguir explicitados.

⁹ Mas o seu sentido é muito mais profundo do que parece a primeira vista, eis que na América do Sul este sentido está embutido nos valores culturais e éticos dos povos, principalmente dos indígenas e, tem sido considerado como uma forma de viver em harmonia no seio da comunidade e do seu contato com a natureza, como dito

¹⁰ Rememore-se que na CRFB, em seu artigo 225, juntamente com os aspectos mais peculiares que seus incisos e parágrafos impõem, está expresso não só o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como também a coparticipação do Poder Público e de toda coletividade no dever de defendê-lo.

constitucional a respeito. Exemplificativamente, pode-se citar o Código Florestal e a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9605/1998).

No entanto, é o § 3º o ponto crucial deste artigo, pois é nele que se encontram a sujeição dos infratores, pessoas físicas ou jurídicas às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Aliás, outro tema que merece destaque é o inciso IV, do aludido artigo, uma vez que ele trata da exigência pelo Poder Público de estudo prévio de impacto ambiental, denotando um caráter de obrigatoriedade de prevenção do meio ambiente.

O texto da Constituição Federal de 1988 também visa “à garantia de instrumentalização de proteção ao Meio Ambiente, exigindo a salvaguarda dos recursos naturais e a regulamentação dos processos físicos e químicos que interajam com a biosfera”, a fim de preservá-las para as proles futuras, “garantindo-se o potencial evolutivo a partir da aplicação dos princípios fundamentais da ação comunitária: precaução e ação preventiva; correção prioritariamente na fonte dos danos causados ao meio ambiente e princípio do ‘poluidor-pagador’”.

Nesse diapasão, é imperioso trazer à baila a questão da efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, em consonância com o que reza tal artigo, tem-se que o Estado e a coletividade estão incumbidos da promoção do respeito e preservação do meio ambiente e, dessa forma, há a indistinguibilidade do papel do Estado e dos cidadãos. Portanto, o meio ambiente, precisa ser entendido como “patrimônio comum de toda humanidade para garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras” e, para tanto, as condutas do Poder Público estatal devem estar posicionadas “no sentido de integral proteção legislativa interna e adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano e fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual”.

Cita-se, inicialmente, o fato de que a Constituição Equatoriana inova trazendo direitos em sete categorias. De acordo com Baldi apud Santamaría (2011)

um catálogo de direitos que rompe tanto com o geracional (civis e políticos; econômicos, sociais e culturais; terceira geração) quanto o eurocentrado. Isto fica mais evidente no caso do Equador (título II, arts. 10 a 83) que reconhece sete categorias de direitos: do “buen vivir”; de pessoas e grupos de atenção prioritária (velhos, jovens, gestantes, pessoas com deficiência, privadas de liberdade, usuários e consumidores, mobilidade humana, enfermidades catastróficas); de comunidades, povos e nações; de participação; de liberdade; da natureza; de proteção; além de um apartado de responsabilidades. Mas pode ser visto no caso boliviano com a introdução de direitos das nações indígenas e um catálogo de deveres constitucionais (arts. 30 a 32 e 108).

Portanto, este novo ciclo constitucional equatoriano se embasa no protagonismo indígena, se sobrepondo, inclusive sobre o direito/dever dos juizes de paz, o que se pode facilmente aferido no artigo 189 da Constituição da nação citada.

Neste contexto, Santos (2011, p.15) destaca que Bolívia e Equador foram justamente os dois países latinoamericanos que passaram por maiores transformações constitucionais,

[...] protagonizadas por los movimientos indígenas y por otros movimientos y organizaciones sociales y populares. No es de extrañar, por tanto, que las constituciones de ambos países contengan embriones de una transformación paradigmática del derecho y el Estado modernos, hasta el punto de resultar legítimo hablar de un proceso de refundación política, social, económica y cultural. El reconocimiento de la existencia y legitimidad de la justicia indígena que, para remitirnos al periodo posterior a la independencia, venía de décadas atrás, adquiere un nuevo significado político.

Portanto, não se trata de uma mera intenção política, mas de uma política capaz de terminar com a visão descolonizadora e anticapitalista, que seja capaz de romper com o círculo eurocentrista de ditames de direitos, representando uma “*demonstración*

viva y realista de las posibilidades creadas por la plurinacionalidad” (SANTOS, 2011, p. 17).

Ressalte-se, nesse contexto, que o segundo capítulo da Constituição Equatoriana comenta os “*Derechos del buen vivir*”, dos artigos 12 a 34, englobando direitos elementares à água, à soberania da alimentação, ao meio ambiente sadio que seja capaz de assegurar, de modo equilibrado, o “*bem viver*” e, portanto, o direito de “*suma kawsay*”, a sustentabilidade, o direito à informação e a comunicação, a cultura e a ciência, a educação, ao habitat seguro e saudável, à saúde, à seguridade social e o direito ao trabalho.

O mesmo ocorre na Constituição Boliviana (REPUBLICA DA BOLÍVIA, 2009) em seu artigo 8, I, expressa o direito de *suma gamaña*, direito similar ao *sumak kawsay* conceituado acima.

El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

A referida Carta ainda comenta direitos que complementam este direito de bem viver, ou seja, garante o direito à água e a alimentação sadia, de qualidade e suficiente, o que pressupõe um direito ambiental equilibrado (art. 16), ratificando tais direitos em seus artigos 19 e 20. Adiante, prevê em seus artigos 33 e 34 o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. O que chama especial atenção no artigo 33 é o direito igualitário de outros seres vivos receberem a mesma proteção, o que não se encontra em qualquer das outras constituições analisadas.

Avançando no comparativo, a Constituição do Equador prevê, especificamente, no artigo 71, os direitos de natureza e do reconhecimento do *Pacha Mam*. Pode-se citar ademais, o fato da soberania energética não se fazer em detrimento da soberania alimentar e do fomento da economia solidária e social (art. 281.1), bem como da proibição de cultivos e sementes transgênicos (art. 401).

Portanto, pode-se afirmar que há um grande êxito das constituições do novo constitucionalismo da América Latina, é a preocupação com a questão da descolonização e da importância dos direitos humanos, como dito anteriormente. Isso fica claro, no caso do Equador, quando revela que a educação é uma “condição indispensável para o *buen vivir*” (art. 26), e, que ela deve ser guiada pelo respeito aos direitos humanos, ao meio ambiente e à democracia, sendo intercultural, incluyente e diversa, impulsionando a igualdade de gênero e a paz (art. 27). Ao mesmo tempo, fica assegurado o direito a aprender em sua própria língua e ambiente cultural (art. 29), devendo o Estado promover o diálogo intercultural em suas múltiplas dimensões (art. 28).

Nas palavras de Prada (2011, p. 231)

Asumir el vivir bien como un objetivo estatal y de gestión gubernamental, como se ha hecho en las Constituciones de Bolivia y Ecuador, es un acto profundamente descolonizador pues, por un lado, reconoce que la fuente de vivencia de este concepto nos viene desde la cosmovisión indígena, e inspira y recrea otro sentido de convivencia plurinacional para convertirse en el rumbo que orienta *nuestra convivencia social, económica, política y cultural*.

Destaque-se, nesse contexto a visão inversa desse povo. Enquanto, todos tendiam a separar os direitos da natureza, eles se preocuparam em mantê-los unidos e a desenvolvê-los em conjunto. Assim, o direito de *sumak kawsay* é um grande exemplo de direito construído historicamente pelos povos indígenas que representa esta ligação, ou seja, um direito pautado na harmonia e no equilíbrio com a natureza, pois a vida humana, não pode ser concebida sem uma adequação ao *pacha mama*.

“Por lo tanto garantizar el buen vivir de la sociedad, implica considerar a la Naturaleza como “sujeto”. Frise-se que “el *sumak kawsay*, como sistema, del brazo de los derechos de la Naturaleza, exige una reorganización y nuevos enfoques en el modelo político-económico, lo que transformaría a su vez no solo a la sociedad, sino y sobre todo al Estado”. (SIMBANA, p. 222-3)

Portanto, o ideal de bem viver é uma nova perspectiva para encarar o futuro, ou seja, uma nova forma de pensar em desenvolvimento econômico, político e social, revelando-se como uma verdadeira crítica aos ideais capitalistas, um direito integral. Optar por uma ideologia de bem viver, é optar por resguardar direitos às presentes e futuras gerações, ponto, que se aproxima com a Constituição Brasileira, mas esta de forma bem mais tímida, por assegurar, apenas que o “direito ao meio ambiente sadio e equilibrado deve ser resguardado às presentes e futuras gerações”. Andou bem a Constituição equatoriana ao ampliar o reconhecimento e o significado do bem viver e da mãe natureza e da resignificação do caráter intercultural e interdisciplinar do Estado que precisa pautar-se num conceito de economia plural e anticapitalista.

Portanto, acredita-se que a Constituição equatoriana está melhor solidificada no que tange aos preceitos de preocupação ambiental. No entanto, assim como nas demais, resta o dever de transformar tais desejos em realidade, para que o novo projeto político do Equador não passe de uma mera ilusão, de que a Constituição Equatoriana enquanto Carta Política, seja capaz de conceber uma política de Estado compatível com este momento de transição pluralista, sendo capaz de efetivar as condições interculturais e reconstrutivas desse novo pluralismo.

Deste modo, afirma-se, que para o direito humano-fundamental ao meio ambiente equilibrado poder ser realizado, seja no Brasil, seja no Equador, seja na Bolívia é necessária uma visão humanística, tal qual a ideia de patrimônio comum de toda humanidade, ou o direito de bem viver, pois eles devem estar no centro das preocupações daquele direito. Por fim, através de novas posturas sociais, política, econômica, filosófica e ética, que se poderá assegurar a existência da educação ambiental capaz de preservar os direitos das presentes e futuras gerações.

CONCLUSÃO

A discussão sobre o direito ambiental não pode fugir da contextualização da teoria e prática do constitucionalismo contemporâneo, já que os novos direitos vêm sofrendo o impacto de aglutinação dos problemas essenciais e corriqueiros das condições de vida aceleradas pela expansão do capitalismo. Tal situação estimula e determina o esforço de se propor novos instrumentos jurídicos, novas políticas públicas, mais flexíveis, mais ágeis, capazes de regular essas novas transformações.

No presente caso, demonstrou-se, inicialmente, a caracterização do modelo constitucional atual, realizando-se pontes e abismos entre o neoconstitucionalismo (constitucionalismo jusnaturalista) e o garantismo (constitucionalismo positivista). Foram demonstradas suas características e preocupações, bem como os ciclos do constitucionalismo, dos quais se retirou três exemplos de Constituições para análise, qual seja, a do Brasil, do Equador e da Bolívia, no que tange a promoção e desenvolvimento do direito e promoção de sustentabilidade ambiental.

Ao final, demonstraram-se os artigos da Constituição Equatoriana e Boliviana sobre o desenvolvimento do direito de bem viver e, portanto, do *sumak kausay* ou *suma qamaña*. Por conseguinte, pode-se dizer que a estrutura legal-constitucional de ambas as nações vincula os três poderes a execução de um direito ambiental e com vistas de sustentabilidade, como meio de promoção e reconhecimento da interação com os direitos de natureza. Isto é, além da preocupação ambiental, este Estado, preocupou-se em fomentar o processo de descolonialismo antimo- vimento capitalista.

Portanto, diante do exposto, os direitos das nações (aqui envolvendo a brasileira), devem ser compreendidos como elementos de reconhecida imprescindibilidade relacional, ou seja, como elemento presente (fundante) nas relações, seja na relação com o *outro singularmente* considerado, seja na relação com o *outro em termos institucionais*, pois o direito integralizado ao *sumak kausay* é possível viabilizar o sonho de muitos: uma sociedade

fomentada e fomentadora da cultura fraterna, da cultura da não-violência e num ambiente de bem viver, sadio e equilibrado.

Portanto, respondendo a problemática proposta e pelos argumentos apresentados tem-se que o garantismo é a melhor teoria constitucional apta a concretizar os direitos do novo constitucionalismo, em razão de que ele o vê como processo, usando as instituições a serviço do direito, sendo capaz de dar conta da inefetividade dos direitos constitucionalmente assegurados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**. N° 9, março-abril-maio de 2007.

BOLÍVIA. REPÚBLICA BOLIVIANA. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>. Acesso em 05 de maio.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 de maio.

_____. Lei 9605/1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em 30 de abr.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional**. São Paulo: Método, 2008.

EQUADOR. **PACHAMAMA**. Disponível em <http://www.pachamama.org>. Acesso em: 25 de abr.

_____. República do Equador. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html>. Acesso em 22 de abr.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización. Disponible em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/seminario-pluralismo-juridico-e-multiculturalismo-material-remetido-pelos-expositores>

_____. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. Disponible em: www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. IN: FERRAJOLI, L; STRECK, L. L et al (org). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli**. Livraria do Advogado, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991,

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008,

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Doxa: 21-II, 1998.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **Los derechos y sus garantías; ensayos críticos**. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011. (para a classificação dos direitos, vide p. 91-104; para a exigibilidade dos direitos do buen vivir, p. 175-208).

RAMÍREZ, Silvina. Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales. IN: GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica del Derecho Constitucional**. Tomo II-Derechos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 912-932.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. IN: SANTOS, B. DE S. & JIMENEZ, A. G. (ORGS). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador**. Quito: Rosa Luxemburg, 2012.

A CRÍTICA MARXISTA E A COSMOVISÃO ANDINA DO “VIVIR BIEN /BUEN VIVIR”

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori*
Sergio Urquhart de Cademartori**

a vida é as vacas
que você põe no rio
para atrair as piranhas
enquanto a boia passa
(*Paulo Leminski*)

INTRODUÇÃO

Este ensaio pretende examinar as relações de possível ruptura ou continuidade entre a crítica marxista ao capitalismo e a proposta constitucional de “buen vivir/vivir bien” das recentes constituições andinas. Portanto, explora-se em que medida a ideia de “buen vivir/vivir bien” consagrada nas Constituições equatoriana e boliviana recupere

*Doutora em Direito pela UFSC. Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unilasalle (Canoas -RS). E-MAIL: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br

**Doutor em Direito pela UFSC. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCS (Caxias do Sul - RS) e da Unilasalle (Canoas -RS). EMAIL: scademartori@uol.com.br

ram/continuam/descontinuam a pretensão marxista de emancipação humana, sem deixar de considerar que Marx tece suas críticas à sociedade burguesa amparado em uma concepção de mundo que ainda está presa à ideia subjacente de progresso ilimitado e material. Tal concepção reflete uma determinada filosofia da história própria da Modernidade europeia, no caso particular de Marx atravessada por certa escatologia, fruto da tradição judaico-cristã. Ora, a crítica marxista insere-se, como não poderia deixar de ser, numa *weltanschauung* desenvolvimentista que atualmente encontra-se perante impasses praticamente insuperáveis, dada a devastação ambiental que assola o planeta e a miséria que continua a devastar populações inteiras. Por outro lado, ela apresenta uma faceta instrumental, que possibilita o exame das ideias de “bien-vivir/vivir bien” – que pretendem corporificar as condições de emancipação humana a partir da cosmovisão dos povos andinos –, a fim de verificar se elas representam uma saída frutífera à encruzilhada trágica com as que se defronta a humanidade na atualidade. Para isso, inicia-se o texto ocorrendo-se da arguta leitura que faz Marshall Berman das obras do filósofo alemão, para depois debruçar-se sobre esses novos institutos trazidos pelo novo constitucionalismo sul-americano, buscando mostrar a sua originalidade.

O IDEAL BURGUESES DE DESENVOLVIMENTO E A CRÍTICA MARXISTA

Um ponto crucial na obra de Marx, que pode ser percebido em todos os seus escritos, é o “ideal desenvolvimentista”, segundo entende Marshall Berman (1986, p. 96). De fato, para Marx o processo que abriga o desenvolvimento ou o progresso social baseia-se na interação entre as forças produtivas e as relações de produção. No prefácio de “Para a crítica da economia política”, Marx recorda que sua investigação acabou por concluir que as relações jurídicas, tais como as formas de Estado, só-

podem ser compreendidas a partir das relações materiais de vida, ou aquilo que Hegel denominou de sociedade civil (*Bürgerliche Gesellschaft*), e não a partir do desenvolvimento geral do espírito humano (1985, p. 129). Em cada etapa de seu desenvolvimento, as forças produtivas materiais entram em contradição com as relações de produção, isto é, com as relações de propriedade a partir das quais se movem. Essas relações passam a ser os “grilhões” das formas de desenvolvimento das forças produtivas, vivenciando-se uma época de revolução social. Transformando-se a base econômica, a superestrutura acaba sendo afetada com o tempo. Neste ponto é importante diferenciar as transformações materiais das condições econômicas de produção de suas formas ideológicas, isto é, as formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas ou filosóficas através das quais os homens percebem este conflito e o levam até o fim. A lógica do progresso pode ser resumida na seguinte passagem:

Uma formação social nunca perece antes que esteja em desenvolvimento todas as forças produtivas para as quais ela é suficientemente desenvolvida, e novas relações de produção mais adiantadas já começam a tomar o lugar, antes que suas condições materiais de existência tenham sido geradas no seio mesmo da velha sociedade. É por isso que a humanidade só se propõe as tarefas que pode resolver, pois, se se consideram mais atentamente, se chegará à conclusão de que a própria tarefa só aparece onde as condições materiais de sua solução já existem, ou, pelo menos são captadas no processo de seu devir. (MARX, 1985, p. 129-130)

Dessa forma, os modos de produção asiático, antigo, feudal e burguês podem ser considerados como épocas progressivas da formação econômica da sociedade. Marx completa suas considerações afirmando que a formação social que finaliza a pré-história da sociedade humana é composta pelas relações burguesas de produção. Ela constitui a última forma antagonica do processo social de produção, ao mesmo tempo que suas forças produtivas criam também as condições materiais para a solução deste antagonismo. (MARX, 1985, p. 129-130)

O processo de desenvolvimento necessita funcionar de modo a perpetuar-se. Em todas as situações em que ele ocorre, percebe-se que as instituições, ambientes, coisas e mesmo pessoas que foram inovadores e vanguardistas em um determinado momento histórico passam a ser obsoletos e de retaguarda no momento seguinte. Grupos e comunidades sofrem uma pressão constante no sentido de uma reconstrução interminável: “se pararem para descansar, para ser o que são, serão descartados.” (BERMAN, 1986, p. 77)

O mérito que Marx percebe na atividade da burguesia deve-se a duas razões. Em primeiro lugar, os burgueses foram “os primeiros a mostrar do que a atividade humana é capaz”. Em segundo, foi a atividade da burguesia que liberou a capacidade e o esforço humano em direção ao desenvolvimento, isto é, no sentido da renovação perpétua dos diferentes modos de vida pessoal e social. A economia burguesa faz com que todos aqueles que estejam ao seu alcance se sintam pressionados a competirem incansavelmente¹. Como as forças econômicas na Modernidade não podem ser separadas da totalidade da vida, a pressão constante no sentido de revolucionar a produção acaba por extrapolar e impor transformações também sobre as “relações produtivas” e, assim sobre todas as relações sociais.²

Os integrantes da “moderna sociedade burguesa” encontram-se diante de uma situação paradoxal, eis que suas vidas são controladas por uma classe dominante com interesses bem definidos na mudança e mesmo por ocasião das crises. O paradoxo reside em que a perturbação e a agitação ininterrupta não sub-

¹ “[...] a burguesia, tomada como um todo, ‘não pode subsistir sem constantemente revolucionar os meios de produção.’” (BERMAN, 1986, p. 93)

² Dissolvem-se todas as relações sociais antigas e cristalizadas, com seu cortejo de concepções e de ideias secularmente veneradas; as relações que as substituem tornam-se antiquadas antes de se ossificar. Tudo que era sólido e estável se esfuma, tudo o que era sagrado é profanado, e os homens são obrigados finalmente a encarar com serenidade suas condições de existência e suas relações recíprocas. MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. Meta author Nelson Jahr Garcia. Edição Ridendo Castigat Mores, p. 12. eBooksBrasil.com. Fonte digital: <<http://www.jahr.org>>. Acesso em: abril de 2013.

vertem a sociedade e, sim a fortalecem. Desse modo, as catástrofes geram a renovação e o “redesenvolvimento” significando apenas novas oportunidades de lucro, sendo que “a desintegração trabalha como força mobilizadora e, portanto, integradora”. Essa classe dominante somente se sente amedrontada e considera que seu mundo está em perigo em momentos de estabilidade prolongada e sólida.³

Apesar da imagem de sobriedade que os membros da burguesia tentam exibir, “veremos o modo como eles realmente trabalham atuam, veremos como esses sólidos cidadãos fariam o mundo em frangalhos, se isso pagasse bem.” Marx, percebeu com nitidez que aquilo que é construído pela sociedade burguesa é criado para logo adiante ser destruído.⁴

A “revolução permanente” produzida pelas pessoas origina-se da necessidade que elas sentem de sobreviver na sociedade. Independentemente de sua classe e de sua personalidade, assumem a própria forma fluída e aberta da sociedade, aprendendo a desejar e buscar de modo ativo as mudanças pessoal e social em suas vidas. O olhar volta-se permanentemente para o desenvolvimento futuro, seja no que se refere às suas condições de existência, seja em suas relações com os outros.

O grande problema do capitalismo reside na destruição das possibilidades humanas que ele cria: ao mesmo tempo em que ele estimula o autodesenvolvimento de todos os seus integran-

³ “Neste mundo, estabilidade significa tão-somente entropia, morte lenta, uma vez que nosso sentido de progresso e crescimento é o único meio de que dispomos para saber, com certeza, que estamos vivos. Dizer que nossa sociedade está caindo aos pedaços é apenas dizer que ela está viva e em forma.” (BERMAN, 1986, p. 101, p. 94)

⁴ “Tudo o que é sólido’ – das roupas sobre nossos corpos aos teares e fábricas que as tecem, aos homens e mulheres que operam as máquinas, às casas e aos bairros onde vivem os trabalhadores, às firmas e corporações que os exploram, às vilas e cidades, regiões inteiras e até mesmo as nações que as envolvem – tudo isso é feito para ser desfeito amanhã, despedaçado ou esfarrapado, pulverizado ou dissolvido, a fim de que possa ser reciclado ou substituído na semana seguinte e todo o processo possa seguir adiante, sempre adiante, talvez para sempre, sob formas cada vez mais lucrativas. (BERMAN, 1986, p. 97)

tes⁵, as pessoas só conseguem desenvolver-se de modo distorcido e restrito.

As disponibilidades, impulsos e talentos que o mercado pode aproveitar são pressionados (quase sempre prematuramente) na direção do desenvolvimento e sugados até a exaustão: tudo o mais, em nós, que não é atraente para o mercado é reprimido de maneira drástica, ou se deteriora por falta de uso, ou nunca tem uma chance real de se manifestar. (BERMAN, 1986, p. 95)

Essa contradição somente será solucionada quando “o desenvolvimento da moderna indústria se separar do próprio solo, logo abaixo dos seus pés, em que a burguesia produz e se apropria de produtos”. Desse modo, é o próprio desenvolvimento produzido pela burguesia que alija do processo a classe que produziu esse processo de modo pioneiro. E essa dialética pode ser percebida tanto na esfera do desenvolvimento pessoal quanto no econômico. Nesse ponto, Marx vaticina que, quanto mais a sociedade burguesa conclama seus integrantes ao crescimento desmesurado, tanto mais estes se voltarão e lutarão contra ela almejando a vida nova a que são forçados a buscar. Neste momento, “o capitalismo entrará em combustão pelo calor das suas próprias incandescentes energias”. No próprio curso do desenvolvimento, se dará a Revolução que irá redistribuir o bem-estar, eliminar os privilégios de classe, estabelecer a educação universal e livre e o controle dos meios de trabalho por parte dos trabalhadores. É assim que a experiência do autodesenvolvimento, libertada das amarras e distorções do mercado, passará a vivenciar a liberdade e a espontaneidade, passando a ser uma fonte de alegria e bem estar para todos. Ora, tal visão do comunismo tem suas raízes de modo inquestionável na Modernidade, seja em suas notas individualistas, seja na compreensão do desenvolvimento como ideal de vida boa.

⁵ Em nota, Berman recorda que “O tema do desenvolvimento universal inevitável, mas deformado pelos imperativos da competitividade, foi primeiramente formulada por Rousseau em *Discurso sobre a Origem da Desigualdade*.” (nota n. 5. BERMAN, 1986, p. 335)

Aqui Marx está mais próximo de alguns de seus inimigos burgueses e liberais que dos expoentes tradicionais do comunismo, que, desde Platão e os Padres da Igreja, valorizaram o auto-sacrifício, desencorajaram ou condenaram a individualidade e sonharam com um projeto tal em que só a luta e o esforço comuns atingiriam o almejado fim. [...] Ele espera, portanto, cicatrizar as feridas da modernidade através de uma modernidade ainda mais plena e profunda. (BERMAN, 1986, p. 96)

Já na primeira parte do Manifesto, Marx havia diagnosticado as polaridades que acabaram por desenvolver-se no século seguinte: os desejos insaciáveis, a revolução permanente, a constante criação e renovação das esferas de vida, bem como sua antítese radical, o niilismo que produz a destruição insaciável e o “estilhaçamento” e a “trituração” da vida. Berman lembra que - considerando que o texto do Manifesto é um “arquetipo” do Modernismo - cabe lembrar que estes modelos tipificam não só verdades, também as lutas e as tensões em seu interior. (BERMAN, 1986, p. 101)

Na sintaxe que Marx produziu, o sujeito era a “burguesia” que, por força de suas atividades econômicas era a responsável por grandes mudanças, sendo os “homens e mulheres” modernos os objetos, aqueles que eram transformados.

EM BUSCA DE UM NOVO MODELO: A INCLUSÃO DO VIVIRBIEN/BUEN VIVIR NA AGENDA POLÍTICA SUL-AMERICANA

Conforme constata Eduardo Gudynas e Alberto Acosta, o “VivirBien/BuenVivir” é um conceito em construção: uma ideia surgida a partir do mundo andino e também amazônico que recolhe contribuições de outros locais do mundo. Uma de suas bases histórico-culturais está no mundo indígena e em princípios defendidos por correntes ocidentais subordinadas historicamente. É um conceito-chave recuperado para responder pro-

blemas com raízes antigas, tais como o fim da pobreza e a conquista da igualdade, ao mesmo tempo em que se busca enfrentar novos problemas relacionados à perda da biodiversidade ambiental e à mudança climática global. Não se trata de um retorno puro e simples às ideias de um passado longínquo, mas busca-se um diálogo com as tradições culturais indígenas, criando e recriando novas conceitualizações adaptadas às circunstâncias atuais. No diálogo também intervêm tradições ocidentais que questionam diferentes pressupostos da modernidade dominante, dentre elas posturas éticas alternativas que reconhecem os direitos da natureza, as contribuições do feminismo como reação à dominação patriarcal e as novas categorias construídas em áreas como a da justiça e do bem-estar humanos. (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 106)

Quando se considera a perspectiva local, é preciso aceitar a presença de uma variedade de atores sociais, demandando projetos de desenvolvimento. A crítica, em muitos casos, incide na ausência destes projetos e mesmo na desatenção a que estes grupos estão relegados por parte do Estado. Alguns atores sociais, em especial alguns povos indígenas, chegam a rechaçar a própria ideia de desenvolvimento, considerando que ele representa a deterioração de seus estilos de vida no presente e também no futuro. A crítica destes povos vai além, atingindo o próprio estilo de vida ocidental. Na medida em que se fortaleceram perspectivas que levavam em conta as cosmovisões indígenas, percebeu-se que em muitas delas não existem sequer conceitos análogos ao de desenvolvimento.

Todas estas discordâncias com a ideia convencional de desenvolvimento explicam a profusão de tentativas teóricas explorando a possibilidade de sua transformação, correção e mesmo abolição. Comparte-se a aceitação do estilo de vida dos países industrializados, o que não é passível de repetição em escala mundial.

A Terra não tem a capacidade de absorção e resiliência para continuar por este mesmo caminho. Recomenda-se então, deixar de ver aos recursos naturais como uma condição para o

crescimento econômico ou como um simples objeto das políticas de desenvolvimento. Estas aproximações vão desde retificações como as colocadas pelo desenvolvimento endógeno ou o desenvolvimento humano, a críticas essencialistas, como as do pós-desenvolvimento.⁶

A emergência deste tipo de cosmovisão se dá num quadro de eclosão, em vários países sul-americanos, de processos políticos de reação a posturas reducionistas de mercado, a estilos políticos autoritários, à ausência de uma maior participação cidadã e a um mau desempenho econômico. São mudanças complexas e heterogêneas que acabam por alicerçar políticas de governo⁷ com orientações muito diferentes das que dominaram em décadas anteriores.

Respondendo a diferentes contextos históricos, sociológicos, culturais e ambientais, entre os dois conceitos – o equatoriano (*buenvivir*) e o boliviano (*vivirbien*) – existem aspectos comuns e divergências. Em ambos são valorizadas tradições e saberes indígenas, observando-se um esforço deliberado de voltar a tornar visíveis concepções ocultas e subjugadas pela passagem do tempo. Também em comum existe um outro desenvolvimento, com indicações da necessidade de uma mudança profunda nas economias. Se

O mercado por si só não é a solução, tampouco é o Estado. Subordinar o Estado ao Mercado leva a subordinar a sociedade às relações mercantis e ao egolatrismo individualista. Longe de uma economia sobredeterminada pelas relações mercantis, o

⁶ “La Tierra no tienelacapacidad de absorción y resiliencia para continuar por esta misma senda. Se recomienda, entonces, dejar de ver a los recursos naturales como una condición para el crecimiento económico o como un simple objeto de las políticas de desarrollo. Estas aproximaciones van desde rectificaciones como las planteadas por el desarrollo endógeno o el desarrollo humano, a críticas esencialistas, como las del post-desarrollo.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 105)

⁷Estes governos se auto-denominam governos de esquerda ou progressistas “[...] y que en la segundamidad de la década de 2000 estaban presentes en ochopaíses de América del Sur, abarcando 86% de la superficie y 80% de la población (por una caracterización de esta nueva izquierda, véase por ejemplo a Saint-Upéry, 2008).” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 105 -106)

Buen Vivir aponta para relações dinâmicas e construtivas entre o mercado, a sociedade e o Estado. Busca-se construir uma sociedade com diversidade de **diferentes tipos de mercados**, para não ter uma sociedade de mercado, isto é, mercantilizada. Não se quer uma economia controlada por monopolistas e especuladores, nem se promove uma visão estatista que ultrapasse a economia.⁸

Os pontos em comum também envolvem o denominado “Mal Viver”, isto é, aquilo que não se quer. Neste ponto, a ruptura com a ideologia do progresso é um ponto fulcral. É necessário “desacoplar” a qualidade de vida do progresso, em sua expressão atual de desenvolvimento econômico. Também defende-se a articulação entre a multiplicidade de culturas e uma nova relação com a natureza.

O “Buen Vivir” alterna realismo com romantismo. Com todas as suas limitações, estilos de vida que defendem uma relação harmônica entre os seres humanos e destes com a natureza foram básicos para as culturas indígenas que sobreviveram ao processo de colonização e toda a exploração nele envolvido no passado e no presente. Em suma, esse princípio é capaz de oferecer uma orientação para a construção coletiva de projetos diferentes e alternativos ao do progresso material. (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 107-8)

2.1 O *VIVIR BIEN/BUEN VIVIR* NAS CONSTITUIÇÕES ANDINAS

⁸ “El mercado por sí solo no es la solución, tampoco lo es el Estado. El subordinar el Estado al mercado conduce a subordinar la sociedad a las relaciones mercantiles y al egoísmo individualista. Lejos de una economía sobredeterminada por las relaciones mercantiles, el Buen Vivir apunta a relaciones dinámicas y constructivas entre el mercado, la sociedad y el Estado. Se busca construir una sociedad con diversidad de **distintos tipos de mercados**, para no tener una sociedad de mercado, es decir, mercantilizada. No se quiere una economía controlada por monopolistas y especuladores, ni se promueve una visión estatista a ultranza de la economía.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p.107-108)

Uma das razões da “cristalização” das ideias do “*buenvivir/vivirbien*” nas novas Constituições da Bolívia e do Equador⁹ deve-se à relevância outorgada por elas aos saberes indígenas. Os responsáveis por esta valorização podem ser encontrados na atuação das organizações dos povos indígenas, no incentivo dado pela academia, ao aumento do respeito e interesse – a partir de vários espaços político-partidários - pelas culturas ancestrais e as novas vinculações estabelecidas com os movimentos sociais.

Em muitos casos as organizações indígenas tiveram um papel-chave, seja nas ruas ou nas urnas, para essas mudanças de governo. Por sua vez, difundiu-se um espírito afim orientado a descolonizar o pensamento próprio e romper com as amarras que mantinham esses saberes subordinados, onde possivelmente o caso mais claro seja a discussão sobre a colonialidade do poder impulsada por Aníbal Quijano (2001).¹⁰

A construção deste conceito tem aspectos positivos, visto que deixa evidente que está sendo travado “um diálogo com as tradições culturais indígenas”, que tem como premissa a ideia de

⁹“Enel caso de Ecuador, el ‘Buen Vivir’ forma parte de una larga búsqueda de alternativas de vida fraguadas en el calor de las luchas populares, particularmente indígenas, desde mucho antes de que accediera a la presidencia Rafael Correa. Sus contenidos apuntan a transformaciones de fondo en la sociedad, economía, política y la relación con la naturaleza. Se articularon con agendas de otros movimientos, en un heterogéneo conglomerado de fuerzas sobre todo urbanas, hasta cristalizar en el proceso constituyente de 2007 y 2008. En el caso de Bolivia, el proceso de debate ha sido quizás más reciente y sin duda más tensionado. En este país la idea de la ‘vida buena’ o ‘vivir bien’ es una expresión, casi de tono reivindicativo de algunos líderes indígenas, militantes y intelectuales. Por esta razón, el concepto siempre apareció asociado a los vocablos de lengua aymara *suma qamaña*, y cuya mejor traducción posiblemente esté referida al Buen Vivir. Sin embargo este tipo de expresiones son muy recientes, reconociéndose que el *suma qamaña* es una creación de pocos años atrás por parte de intelectuales aymaras, ya que no es parte del ‘lenguaje cotidiano o de las representaciones locales’ de esas comunidades.” (Uzeda, 2009 apud GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 106)

¹⁰“En muchos casos las organizaciones indígenas jugaron papeles clave, sea en las calles o en las urnas, para esos cambios de gobierno. A su vez, difundió un espíritu afino orientado a descolonizar el pensamiento propio y romper con las cadenas que mantenían esos saberes subordinados, donde posiblemente el caso más claro sea la discusión sobre la colonialidad del poder impulsada por Aníbal Quijano (2001).” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 106)

que elas devem criar e recriar novos conceitos, adaptando os antigos às circunstâncias atuais. Não se trata de um mero retorno às ideias de um passado longínquo. Deste diálogo também participam algumas tradições ocidentais que questionam a partir de diferentes pressupostos a modernidade dominante: posturas éticas alternativas que reconhecem os Direitos da Natureza e as contribuições do feminismo, na medida em que reagem ao domínio patriarcal, e mesmo à proposta de um decrescimento induzido¹¹.

A Constituição equatoriana (1998), objeto de uma reforma em 2008 que acabou por dar-lhe o perfil atual, dedica um capítulo inteiro (o segundo) ao tema dos direitos do “buen vivir”. De acordo com este capítulo, fazem parte destes direitos: a água e a alimentação, um ambiente saudável, a comunicação e a informação, a cultura e a ciência, a educação, o hábitat e a habitação, a saúde, o trabalho e a segurança social. Assim como depois o fará a Constituição da Bolívia, a Constituição do Equador também menciona o “buen vivir” no seu preâmbulo¹². Neste caso, não se fala na construção de um Estado e sim na construção da convivência cidadã, em diversidade e harmonia com a natureza para alcançar o “vivir bien” ou o *sumak kawsay*.

A Constituição equatoriana é uma constituição longa (444 artigos), que rompe com a concepção clássica que prioriza alguns direitos sobre outros. Pelo contrário, enfatiza o caráter

¹¹O termo “decrescimento” refere-se à tendência teórica recente que visa desmascarar a ideia de “desenvolvimento sustentável”, apresentando-o comorealmente é: uma apologia do crescimento meramente econômico e desmesurado. (Ver LATOUCHE, 2006 e LATOUCHE, 2009) Já Ernest Garcia explorou o que as noções de decrescimento e de “bien vivir/vivir bien” possuem em comum, em especial o ceticismo quanto às promessas do desenvolvimento e a sua suposta universalidade. No que tangue ao decrescimento, o debate envolve temas tais como o dos limites do crescimento, a sustentabilidade ambiental, e no caso do “vivir bien”, envolve as conotações de identidade cultural e a orientação comunitária. (GARCIA, 2012, p. 201)

¹²“NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador ... decidimos construir **Una nueva forma de convivencia ciudadana**, en diversidad y armonía con la naturaleza, **para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay...** [...]” (EQUADOR. **Constituição do Equador** (1998). Disponível em: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf Acesso em: abril de 2013.)

integral dos mesmos, reconhecendo-os em uma mesma hierarquia e interdependentes (art. 11, número 6).

Portanto, os direitos do Buen Vivir ocupam a mesma hierarquia dos outros conjuntos de direitos, dentre os quais estão os direitos das pessoas e grupos de atenção prioritária, comunidades, povos e nacionalidades, participação, liberdade, da natureza, e proteção, e por sua vez, este conjunto tem um correlato em uma seção dedicada às responsabilidades.¹³

Em vários momentos ela indica num mesmo nível de hierarquia dois campos principais de ação: o “regime do ‘Buen Vivir’” e o “regime do desenvolvimento”. O artigo 275 define “regime de desenvolvimento” como “o conjunto organizado, sustentável e dinâmico dos sistemas econômicos, políticos, sócio-culturais e ambientais, que garantem a realização do Buen Vivir, do *sumak kawsay*”¹⁴. Desse modo, postula-se uma vinculação direta entre os direitos e as estratégias de desenvolvimento. Isto porque o “Bien Vivir” exige o gozo efetivo dos direitos por parte das comunidades, povos e nacionalidades, bem como o exercício de responsabilidades “no marco da interculturalidade, do respeito a suas diversidades, e da convivência harmônica com a natureza”¹⁵ (Art. 275). O regime de desenvolvimento almejado deverá ser elaborado com base em uma planificação participativa, expressando-se nas áreas de trabalho e das soberanias alimentares, econômica e energética. Ele também inclui as questões de inclusão e equidade – por exemplo, educação, saúde, habitação, cultura, etc. – e a biodiversidade e os recursos naturais. (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 107)

¹³ “Por lo tanto los derechos del Buen Vivir ocupan la misma jerarquía que otros conjuntos de derechos, entre los cuales están los derechos de personas y grupos de atención prioritaria, comunidades, pueblos y nacionalidades, participación, libertad, de la naturaleza, y protección, y a su vez, este conjunto tiene un correlato en una sección dedicada a las responsabilidades.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 106)

¹⁴ “[...] el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del Buen Vivir, del *sumak kawsay*”

¹⁵ “[...] en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.”

No caso da Constituição equatoriana fica patente que se trata de uma “proposta de vanguarda” que altera o conceito de desenvolvimento ao contrapô-lo a uma proposta em construção, a do “*buenvivir*”. A conquista da última está diretamente vinculada a um conjunto de direitos que exigem mudanças substanciais nas estratégias de desenvolvimento.

Já o vocábulo “progresso” aparece só marginalmente no texto constitucional, no art. 25 (progresso científico) e art. 59, quando faz referência aos direitos coletivos dos povos montúbios.

Além das propostas desenvolvidas nas lutas de resistência, também influenciaram o debate constituinte o desconhecimento e o temor de alguns atores.

Para algunos era una invocación a una vida despreocupada y pasiva, mientras que otros localizaban como un retorno a las cavernas; aquellos acostumbrados a las verdades indiscutibles, clamaban por concreciones definitivas; mientras que otros, incluso algunos de los que alentaron este principio, al perecer [sic] no tenían clara la trascendencia de esta decisión. Es que el *Buen Vivir* no puede ser simplemente asociado al ‘bienestar occidental’, ni tampoco es una posibilidad para propiciar la modernización de la sociedad, particularmente con la incorporación en la vida de muchos y valiosos avances tecnológicos de la humanidad, sino que apunta a otras bases conceptuales. (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 107)

O “*vivir bien*” está na Constituição boliviana de 2009 em seu artigo 8º como um dos princípios éticos-morais da sociedade plural que deverá ser assumido e promovido pelo Estado¹⁶. O inciso II acrescenta que são fundamentais para a realização deste princípio os seguintes valores: unidade, igualdade, inclusão, dignidade, liberdade, solidariedade, reciprocidade, respeito, complementariedade, harmonia, transparência, equilíbrio, igualdade de oportunidades, equidade social e de gênero e participação,

¹⁶ Além deste, os outros princípios estabelecidos no artigo são os seguintes: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (não sejas fraco, não sejas mentiroso, não sejas ladrão), *ñandereko* (vida harmoniosa), *tekokavi* (vida boa), *ivimaraei* (terrassem mal) e *qhapaqñan* (caminhou vida nobre).

bem-estar comum, responsabilidade, justiça social, distribuição e redistribuição dos produtos e os bens sociais. Neste caso, observa-se uma maior amplitude cultural, visto que são postuladas concepções do Buen Vivir nas tradições culturais aymara, quechua e guarani.

O próprio preâmbulo da Constituição boliviana de 2009 estabelece que o Estado deverá basear-se no respeito e na igualdade “entre todos”, tendo como princípios a soberania, a dignidade, a complementariedade, a solidariedade, a harmonia e a equidade na distribuição e redistribuição do produto social, com o predomínio da busca do “vivir bien”. Na sequência, explicita-se que esta busca envolve o respeito à pluralidade econômica, social, jurídica, política e cultural dos habitantes, o convívio coletivo com acesso à água, trabalho, educação, saúde e habitação para todos¹⁷.

Um ponto em comum entre ambas noções (*vivir bien/buen vivir*) refere-se à crítica à noção de desenvolvimento. De acordo com Ernest Garcia, um documento – por sua densidade – é fundamental para o processo de construção do discurso que alicerça do conceito de *vivir bien* boliviano: trata-se da obra de Fernando Huanacani Mamani¹⁸. Neste documento, um dos pontos de partida é a constatação do “esgotamento da promessa do desenvolvimento” e a percepção da atual crise como produto de um modelo alicerçado no desenvolvimento, depredador, individualista e antropocêntrico. (HUANACANI MAMANI, 2010, p. 68-9)

Trata-se de uma crise da vida e de paradigmas. O fracasso do modelo desenvolvimentista vincula-se às suas contradições inerentes, bem como à sua tendência de gerar e agravar as de-

¹⁷ Em 15 de outubro de 2012, a Bolívia aprovou a Lei da Mãe Terra e do Desenvolvimento Integral para o “Vivir Bien”, cuja estrutura abrange, entre outros, os temas do desenvolvimento integral em harmonia com a Mãe-Terra, o “vivir bien” como horizonte alternativo ao capitalismo etc. (BOLÍVIA. **Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para vivir bien de 15 de octubre de 2012**. N. 300. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org.ar>>. Acesso em: 10 de abril de 2013)

¹⁸ HUANACANI MAMANI, Fernando. **Vivir Bien/Bien Vivir**. Filosofia, políticas, experiencias regionales. 4.ed. La Paz: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010.

sigualdades, e não à sua aplicação inadequada. De acordo com a lógica ocidental, a humanidade está imersa no “viver melhor”, aspiração fundamental para a cultura do desenvolvimento. Este sistema acaba ao final forçando o desequilíbrio, o conflito desestabilizador, visto que é incapaz de cumprir suas promessas. “Assim, o bem viver tende a se configurar como uma versão da variante ‘alternativas ao desenvolvimento’, mais elaborada e dotada de uma projeção geográfica e politicamente mais ampla do que a maioria de suas antecessoras.” (GARCIA, 2012, p. 211)

A escala que enfatizada pelo *vivir bien/buen viviré* a local-regional – em especial as comunidades andinas e a dos Estados em seu entorno -, por ser a mais adequada para expressar as resistências contra o “desenvolvimento-globalização”, bem como concretizar as possíveis alternativas. O universo de referência envolve uma constelação de diferentes nações culturais, com limites territoriais não coincidentes com as estruturas políticas existentes, herança do período colonial, mas com uma base comum. Já no plano da identidade cultural, o bem viver articula-se numa escala tríplice: “local, andina e americana (de *AbyaYala*)”. Finalmente, no plano da vida cotidiana, alguns critérios remetem diretamente ao âmbito local: a complementariedade e a ajuda mútua, a reciprocidade e as responsabilidades rotativas, redistribuição e cerimonial. (HUANACANI MAMANI, 2010, p. 38-9)

Por outro lado, o bem viver apresenta-se como um “projeto autônomo em relação ao mercado e ao Estado”, que envolvem uma espécie de socialismo comunitarista que se contrapõe ao capitalismo e ao comunismo. São expressões econômicas concretas que lamentam o rompimento dos sistemas de troca tradicionais deflagrado pelas relações comerciais “modernas” e denunciam que a economia de mercado substituiu comunidades repletas de seres humanos dignos com a “criação de pobres” em seu lugar. (HUANACANI MAMANI, 2010, p. 17)

Ernest García considera que “o bem viver tem algumas contas a acertar com a democracia representativa”, assim como outros movimentos da comunidade de identidade e algumas variantes do ecologismo, acrescentando algumas notas céticas às

ilusões produzidas pela democracia direta ou “participativa”, o que é perceptível no documento de HuanacaniMamani. Outrossim, embora o documento deste último autor reivindique a sustentabilidade, García lembra que existem outras apresentações do bem viver, com menos menções à crise ecológica e tendência menor a leva-la em consideração. (GARCIA, 2012, p. 212)

Outro aspecto importante diz respeito à forma de organização econômica do Estado, e nesse sentido a Constituição boliviana sustenta em seu artigo 306: “[...] modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el Vivir Bien.”¹⁹ Postula-se um ordenamento econômico plural, vinculado a princípios tais como a solidariedade e a reciprocidade, em que o Estado se comprometa com a redistribuição equitativa dos excedentes visando a garantir diversos tipos de políticas sociais. E para alcançar o *Vivir Bien* em todas as suas dimensões, a organização econômica deve atender a propósitos tais como a redistribuição justa da riqueza, a industrialização dos recursos naturais etc. (artigo 313)

Apesar das referências feitas pela Constituição boliviana ao desenvolvimento econômico, Gudynas e Acosta lembram que a palavra “progresso” não aparece ali. (2011, p. 107)

Dentre as diferenças entre as propostas boliviana e a equatoriana de *vivir bien/buen vivir*, no caso boliviano, inicialmente os princípios ético-morais não aparecem como direitos. Estabelecem e delimitam os marcos de uma sociedade que se define como plurinacional. Mais ainda, pode-se afirmar que tais princípios são uma das fundamentações dessa plurinacionalidade podendo manifestar-se de modo diverso em cada uma delas.²⁰

Por outro lado, na Constituição equatoriana, o *sumak kawsajé* é apresentado em dois níveis: como baliza para um conjunto substancial de direitos e também como expressão de parte de

¹⁹ BOLÍVIA. **Constituição da Bolívia.** (2009) Disponível em: http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129e1pepiint_1_Pes_PDF.pdf Acesso em: abril de 2013

²⁰Esta situação foi modificada com a promulgação da Lei Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien de 15 de octubre de 2012.

sua implementação, envolvendo não só o Estado como também a sociedade. Antes que a Lei do *Vivir Bien* boliviana fosse promulgada, Gudynas e Acosta consideravam que a formalização equatoriana tinha uma amplitude maior, isto é uma maior precisão que a boliviana.²¹

Já a dimensão plurinacional toma uma amplitude maior na Bolívia, sendo reconhecidas 36 línguas indígenas além do castelhano. Por outro lado, a ênfase dada à dimensão ambiental é maior no Equador: ali se reconhece pela primeira vez os Direitos da Natureza (artigos 71 a 74)²². “Esto consolida la dimensión ambiental del Buen Vivir, mientras que el texto boliviano es más ambiguo, en tanto algunos artículos defienden el mandato del Estado de industrializar los recursos naturales.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 108)

Ora, a conversão da Natureza em sujeito de direitos, estabelecida pela Carta equatoriana, faz com que ela, independentemente da utilidade que o uso humano possa lhe conferir, tenha valor por si mesma. Uma postura biocêntrica desta amplitude, não nega o aproveitamento dos recursos naturais, e sim objetiva assegurar a sobrevivência das espécies e dos ecossistemas.

Considerando que no caso boliviano não ocorre o reconhecimento dos Direitos da Natureza, neste ponto surgem novas diferenças. Aliás, o artigo 9º, em seu inciso VI estabelece que um dos mandatos do Estado é exatamente a industrialização dos recursos naturais, o que acaba por representar uma aproximação às ideias clássicas do progresso, visto que a natureza “es vista como una canasta de recursos a ser aprovechados.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 109)

²¹ “En cambio, en el texto constitucional boliviano ese vínculo entre *suma qamaña* y los derechos no es explícito; por ejemplo, no hay una referencia a este concepto en la sección de los derechos fundamentales. A su vez, en el texto boliviano, el *suma qamaña* es claramente presentado como una de las finalidades del Estado. En cambio, en la Constitución ecuatoriana el Buen Vivir aparece en un alto nivel de la jerarquía, y desde éste se derivan muchos derechos.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 108)

²² Merece destaque o artigo 72, dedicado aos direitos de restauração da natureza. (EQUADOR. **Constituição do Equador** (1998). Disponível em: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf Acesso em: abril de 2013.)

O debate sobre o *vivir bien/buen vivir* gerou uma renovação no próprio “olhar” alternativo das comunidades indígenas, o que pode ser percebido na sua adoção como conceito-chave pela Coordenadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI, s/f apud GUDYNAS; ACOSTA, 2011). Também as discussões acadêmicas e práticas sobre a aplicação e desenvolvimento destas ideias impulsionaram a discussão.

Ao mesmo tempo, surgem as primeiras aplicações destas novidades constitucionais, destacando-se o equatoriano “Plan-Nacional para elBuenVivir, 2009- 2013”²³. O plano afasta-se dos programas clássicos de “desenvolvimento” nacional, reconhecendo que o *BuenVivir* é uma reação aos estilos de desenvolvimento neoliberais anteriores, afastando-se do antropocentrismo ocidental a fim de gerar outras relações com a natureza, buscar a igualdade, a justiça social e a valorização de outros saberes. Sustenta que sua construção deve ser contínua a partir de reivindicações

[...] que buscan una visión que supere los estrechos márgenes cuantitativos de economicismo y permita la aplicación de un nuevo paradigma cuyo fin no sea los procesos de acumulación material, mecanicista e interminable de bienes, sino que promueva una estrategia económica incluyente, sostenible y democrática. (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 109)

Como a economia equatoriana está centrada nas exportações dos hidrocarbonetos, isto é, no extrativismo dirigido às exportações de recursos naturais, o conteúdo do plano versa sobre a geração de riqueza e redistribuição sob condições pós-petrolíferas. Sem analisar rigorosamente a viabilidade deste plano, Gudynas e Acosta enfatizam seu significado como uma “[...] ruptura sustancial com a apropriação da natureza para alimentar um desenvolvimento entendido como crecimiento económico, y un-

²³ EQUADOR. Conselho Nacional de Planificação. **Plano Nacional para o Bom Viver – 2009-2013**. Construindo um Estado Plurinacional e Intercultural. Versão resumida. Disponível em: plan2009.senplades.gov.ec. Acesso em: 20 de abril de 2013.

progreso concebido como evolución lineal.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 109-110)

Conceitualmente o *Buen Vivir* evita perfilar-se junto às compreensões de desenvolvimento alternativo, apresentando-se como uma “alternativa ao desenvolvimento”. Tal prática envolve dificuldades e contradições, ocorrendo em muitos casos que depois de muito sonhar volte-se a cair nas conhecidas estratégias extrativistas que embasaram a exploração indiscriminada do petróleo e dos minerais.²⁴

Toda esta nova arquitetura conceitual requer indicadores e ferramentas próprias, mesmo que em alguns casos possam ser utilizados indicadores clássicos, incorporados de contextos diferentes, tais como as avaliações sobre a incidência da pobreza e da marginalidade.

Pero en otros casos, se deberán aprovechar nuevos indicadores, los que a su vez ofrecen una gran oportunidad para denunciar las limitaciones y falacias de los sistemas de indicadores dominantes. Al discutir metodologías para calcular de otra manera y con renovados contenidos otros índices económicos, sociales y ambientales (es decir, del *Buen Vivir*), se avanzará en el diseño de nuevas herramientas para intentar medir cuán lejos o cuán cerca estamos de la construcción democrática de sociedades democráticas y sustentables. (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 110)

Para analisar a dimensão ambiental, os indicadores a serem utilizados devem envolver uma reforma das contas nacionais a fim de contabilizar a perda de recursos naturais, ao invés de considerá-las como rendimentos, explicitando-as como fluxos materiais. Na sequência, deverão ser potencializados indicadores de apropriação dos recursos naturais, tais como a “pegada ecológica” ou a “mochila ecológica”.²⁵

²⁴“Mientras que en el caso ecuatoriano no están claramente diseñadas las vías de superación del extractivismo, el Plan Nacional de Desarrollo (2006) de Bolivia, contiene la idea de *Vivir Bien* como una adjetivación, pero tampoco lograba torcer el rumbo de una acentuación de las metas extractivistas.” (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 110)

²⁵ Respectivamente o indicador que envolve a quantidade de terra e água necessárias para sustentar as gerações atuais, considerando todos os recursos materiais e energé-

A dimensão territorial em seus aspectos biofísicos e nas conceituações culturais que os delimitam e descrevem, aparece como proteção aos lugares rituais e sagrados, bem como dos recursos naturais. Esta proteção se dá de modo muito mais amplo no caso equatoriano que no boliviano, de acordo com Gu-dynas e Acosta. (2011, p. 110)

CONSIDERAÇÕES POSSÍVEIS A PARTIR DO INSTRUMENTAL TEÓRICO MARXISTA

A grande ferramenta crítica que as obras de Marx proporcionam não diz tanto com as respostas e sim às perguntas que elas suscitam. Ele não apresenta um caminho para escapar das contradições da vida moderna, e sim um caminho que nos coloca no cerne dessas contradições. Mais do que ninguém Marx sabia que é necessário começar do ponto em que se está, não fora dele, despindo-se de preconceitos religiosos, estéticos, morais e sentimentais, explorando-se a si mesmo para sobreviver. Ao mesmo tempo é preciso reunir estas mesmas forças que antes encontravam-se separadas, e estar disposto a distender-se em direção a novas possibilidades humanas.

É possível afirmar que nos textos de Marx pode-se vislumbrar dois tipos de crescimento ou de desenvolvimento: o que é útil ao ser humano, o auto desenvolvimento, e o que simplesmente busca aumentar os lucros das empresas. Existe uma diferença entre construir um novo hospital e construir um porta-aviões, mesmo que ambos impliquem um aumento do crescimento. O que é determinante é a natureza e o controle da produção, e não a quantidade; o controle e a estratégia do crescimento são os pilares que permitirão um desenvolvimento social e ecológico.

Marshall Berman buscou definir um espaço em que o pensamento de Marx e a tradição da Modernidade confluíssem. Antes de mais nada, em ambos casos ocorre a tentativa de apreender uma experiência especificamente moderna, confrontando a modernidade com diferentes emoções. É possível então

tigos gastos por uma determinada população (*ecological footprint*) e aquele que considera a intensidade do uso da matéria.

ler Marx como um escritor moderno a fim de permitir que aflore toda a vida e a riqueza de sua linguagem, de modo a mostrar como o desenvolvimento dos temas a partir dos quais a Modernidade se define é brilhante.

Assim, a leitura do decrescimento e do *vivir bien/buen vivira* partir de uma perspectiva marxista, acaba por sugerir como suas energias, intuições e ansiedades mais características brotam dos movimentos e pressões da moderna vida econômica, em especial dos países andinos. Contrapondo-se à incansável e insaciável demanda de crescimento e progresso, a expansão dos desejos humanos para além das fronteiras locais, nacionais e morais, a pressão que exerce sobre as pessoas no sentido de explorarem não só aos outros seres humanos mas a si mesmas, a volubilidade e quase infindável metamorfose de todos os seus valores no vórtice do mercado mundial, a impiedosa destruição de tudo e todos aqueles que a moderna economia não pode utilizar e sua capacidade de explorar a crise e o caos como trampolim para ainda mais desenvolvimento, de alimentar-se da sua própria autodestruição, surgem as noções *vivir bien/buen vivir* do mundo andino.

A Modernidade coloca novas carências no lugar das velhas, satisfeitas pela produção interna. Em todas as direções surge a interdependência universal, substituindo a velha auto-suficiência, local e nacional. Neste sentido o *vivir bien/buen vivir* apontam para a possibilidade de um retorno.

É impossível negar que a modernização e o desenvolvimento possam percorrer diferentes caminhos que precisam ser mapeados. Por outro lado, é necessário analisar de forma mais atenta os objetivos e os interesses daqueles que pretendem proteger-se do desenvolvimento. O que se depreende da leitura de Marx é que o que é projetado por aqueles que condenam o desenvolvimento ocidental é na verdade a própria energia, os desejos e o espírito crítico das populações envolvidas. As proclamações dos porta-vozes do *vivir bien/buen vivir* pode significar apenas que está em causa naqueles locais onde elas tem vigência, a manifestação de uma ilusão ideológica que serve para barrar a evolução política das populações. Corre-se o risco de que quando o “ilusão” seja desfeita re-

torne-se ao espírito da Modernidade e do desenvolvimentismo, com um retorno daquilo que foi reprimido.

REFERÊNCIAS

BERMAN, Marshall. **Tudoque é sólido desmancha no ar.** Aventura da modernidade. Tradução de C. F. Moisés e N. M. L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. 360p.

BOLÍVIA. **Constituição da Bolívia.** (2009) Disponível em:

http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepiint_1_Pes_PDF.pdf Acesso em: abril de 2013

_____. **Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para vivir bien de 15 de octubre de 2012.** N. 300. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org.ar>>. Acesso em: 10 de abril de 2013

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano: desafios da sustentabilidade. Palestra apresentada no **XXI Congresso Nacional do CONPE-DI**, Rio de Janeiro, UFF, 2012. p. 1-12.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El nuevo constitucionalismo en América Latina.** Quito, Corte Constitucional Del Ecuador, 2010. 96 p.

EQUADOR. **Constituição do Equador** (1998). Disponível em: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf Acesso em: abril de 2013.

_____. Conselho Nacional de Planificação. **Plano Nacional para o Bom Viver – 2009-2013.** Construindo um Estado Plurinacional e Intercultural. Versão resumida. Disponível em: plan2009.senplades.gov.ec. Acesso em: 20 de abril de 2013.

GARCIA, Ernest. Decrescimento e bem viver: algumas linhas para um debate adequado. Tradução de L. Milani. In: LÉNA, Philippe; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro (orgs.). **Enfrentando os limites do crescimento: sustentabilidade, decrescimento e prosperidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 201-228

GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El buen vivir o la disolución de la idea del progreso. In: ROJAS, Mariano (coord.). **La medición del progreso y del bienestar**. Propuestas desde América Latina. México: Foro Consultivo Científico y Tecnológico AC, 2011. p. 103-110

HUANACANI MAMANI, Fernando. **Viver Bien/Bien Viver**. Filosofía, políticas, experiencias regionales. 4.ed. La Paz: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010.

LATOUCHE, Serge. O Desenvolvimento é insustentável. (Entrevista) **Cadernos IHU em formação**. Sociedade Sustentável. Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, p. 80-82, ano 2, n. 7, 2006.

_____. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução de C. Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 170p.

MARX, Karl Heinrich. Prefácio. _____. Para a crítica da economia política. Tradução de E. Malagodi. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 127-132

_____; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. Meta author Nelson Jahr Garcia. Edição Ridendo Castigat Mores. eBooksBrasil.com. Fonte digital: <http: www.jahr.org>. Acesso em: abril de 2013.

OS MOVIMENTOS SOCIAIS E A JUSTIÇA AMBIENTAL NAS CIDADES. CAMINHOS DEMOCRÁTICOS PARA O ENFRENTAMENTO DE CONFLITOS DE INTERESSE NA CIDADE DE PORTO ALEGRE, RS, BRASIL

Prof. José Alcebiades de Oliveira Junior¹

INTRODUÇÃO

Nossos estudos na pós-graduação em Direito da UFRGS têm dedicado um bom tempo para procurar entender um pouco mais dos movimentos sociais que eclodiram no mundo já há algum tempo, e que tomaram corpo no Brasil a partir de junho de 2013.

Utilizando-nos de observação empírica, virtual e de contribuições teóricas, como as de Manuel Castells, p.ex., acreditamos ser possível concluir que esses movimentos têm muito a ver e estão voltados para uma severa crítica à qualidade de vida nas

¹ Professor titular da Faculdade de Direito da UFRGS. Coordenador do PPGDIR-UFRGS para o binômio 2013-2014. Pesquisador 1 D do CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Brasil. Líder do Grupo de Pesquisa “Sociologia Judiciária” na UFRGS e no CNPq.

idades. E não só com as más condições existenciais da grande maioria das pessoas, mas também com a qualidade de vida e a expectativa de direitos que todos temos com o lugar no qual vivemos. E estão a dizer também, para além de uma insatisfação com as decisões tomadas pelo poder público, que os integrantes desses movimentos desejam participar das decisões.

Percebe-se, pois, que um dos alvos principais desses movimentos tem sido as Instituições (Políticas, Jurídicas, Econômicas, Midiáticas, de Segurança e outras), principalmente no que elas apresentam como práticas sociais condenáveis pela maioria. Em outros termos, no que elas apresentam de comprometimento com uma escolha do tipo “progresso a qualquer custo” versus “qualidade de vida e sustentabilidade”, instaurando uma economia predatória revestida por um suposto “véu” de interesse público.

Melhor do que descrever analiticamente o que alimenta esses movimentos, seria interessante assistir ao filme indicado por Castells em seu livro “As redes de indignação e esperança”² e que tem por título “O Trabalho interno”. Nele, ficam claros o jogo de poder e os meios empregados por certos mega-grupos econômico-financeiros que, para levarem vantagens absolutas, corrompem universidades e governos. Mas, com efeito, todos nós sabemos pelo menos desde Karl Marx que as instituições estão hoje como sempre estiveram, isto é, atravessadas por relações de poder e dominação.

Cabe dizer também de modo inicial, que esses movimentos têm deixado claro o seu repúdio a política tradicional, aos sistemas político-representativos, e que talvez desejem um repensar do atual quadro político e da democracia representativa. A grande pergunta que temos nos feito em nossos grupos de estudo tem sido, pois acerca de quais seriam os caminhos alternativos.

Ilustremos também que nossas pesquisas têm avançado sobre alguns temas importantes, senão vejamos: explicitação do

² “Redes de Indignação e esperança. Movimentos sociais na era da internet”. Trad. Carlos Alberto Medeiros, RJ:Zahar Editores, 2013.

acontecer desse fenômeno dos movimentos sociais em rede, o que eles apresentam de inesperado, a busca dos porquês de as instituições serem o alvo central, avançar sobre o tema da crise do sistema representativo – a ausência de participação, corrupção eleitoral e da administração pública – repensar o direito constitucional à desobediência civil, a política dos Conselhos consultivos criados em várias áreas a partir dos anos 90, a retórica dos planos urbanísticos, etc.

Para este texto, nos ateremos a um caso concreto de cortes de árvores decidido em Porto Alegre e que se tornou famoso pelo incrível esforço dos movimentos sociais para que tal fato não ocorresse. Em cima desse fato, objetiva-se realizar comentários de extremo interesse para uma justiça ambiental, relacionados aos direitos fundamentais dos cidadãos à cidade, à qualidade de vida e a paisagem, etc., direitos esses que muito provavelmente ao serem contrapostos aos paradigmas da especulação imobiliária, do desenvolvimento urbano a qualquer custo, de autopistas que privilegiam os carros, levaram a pior, culminando com alguns aspectos folclóricos. Por derradeiro, realizaremos algumas observações sobre os caminhos para uma gestão compartilhada das cidades.

1 QUESTÕES DAS CIDADES: Análise crítica de decisão judicial em Porto Alegre, RS, sobre “desenvolvimento urbano” versus “o direito à cidade, à paisagem e a qualidade de vida”

Acaba de ser publicada no Brasil uma pequena obra intitulada “Cidades Rebeldes – passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil”³. Composta por vários autores e coor-

³ “Cidades Rebeldes – Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil”. Ermínia Maricato et al. SP: Boi Tempo: Carta Maior, 2013.

denado por Ermínia Maricato e outros, nos apresenta um quadro bastante vasto para entender o que está acontecendo hoje no Brasil, o que esses movimentos almejam.

De modo muito sintético e mais para estudos posteriores, vale a pena trazer aqui alguns pontos elencados pelos autores do livro sobre possíveis razões para esses movimentos:

- Para uns, a razão poderia ser encontrada na questão da busca pela efetivação e ampliação dos Direitos Sociais, e diríamos nós que somente aqui muita água poderia rolar por debaixo dessa ponte. Uma pergunta imediata, seria quanto às políticas públicas e sociais, como andam, pois além da falta, muitas delas se encontram situadas na periferia dos problemas sociais;

- Para outros, as razões poderiam ser localizadas no direito à circulação, ao transporte público e coletivo de qualidade, seus custos econômicos, etc. Tal como se pode deduzir do texto, os ônibus, como “funcionam” hoje nas cidades, são mais empecilhos para o direito de liberdade e movimento do que propriamente solução. Possuem catracas que mais bloqueiam do que concedem liberdade nas cidades.

- Decorre, pois, a questão da mobilidade e que necessita de obras viárias específicas, mas que lamentavelmente em tempos de Copa do Mundo de Futebol foram substituídas por grandes estádios. Uma questão seria: como levar um filho doente ao hospital se ele está longe e os investimentos nessa área foram substituídos pelos estádios? Como disse uma mãe, vamos levar nossos filhos doentes aos estádios...

- E temos ainda a chamada agenda da “crise da representação”, que por si só exigiria artigo inteiro, mas que pela sua importância trataremos pelo menos em alguns dos seus aspectos ao final deste texto.

Nossos interesses mais imediatos, no entanto, vem de um dos textos mais interessantes do pequeno livro citado e que é assinado por David Harvey, estudioso das cidades e do meio ambiente, sobre o tema da *liberdade na cidade*. Nele, o autor nos oferece uma reflexão muito apropriada para que preparemos

algumas das observações críticas a serem feitas à decisão judicial anunciada, senão vejamos:

O direito à cidade não pode ser concebido como um simples direito de visita a ou um retorno às cidades tradicionais. Ao contrário, ele pode apenas ser formulado como um renovado e transformado direito à vida urbana. A liberdade da cidade é, portanto, muito mais que um direito de acesso àquilo que já existe: é o direito de mudar a cidade mais de acordo com os nossos corações. Mas se Park está certo – ao refazer a cidade refazemos nós mesmos –, então precisamos avaliar continuamente o que poderemos estar fazendo de nós mesmos, assim como dos outros, no decorrer do processo urbano. (...) A questão do tipo de cidade que desejamos é inseparável da questão do tipo de pessoa que desejamos nos tornar. A liberdade de fazer e refazer a nós mesmos e as nossas cidades dessa maneira é, sus-tento, um dos mais preciosos de todos os direitos humanos⁴

Dos pontos que nos interessam para a discussão a seguir, destaquemos o aprendizado de que a liberdade nas cidades não só se trata de algo essencial, mas que verdadeiramente ela só será legítima, por um lado, quando todos puderem desfrutar dessa liberdade e participar das decisões sobre possíveis transformações, e, portanto, por outro lado, quando essas transformações ocorrerem num patamar de autorrespeito de uns para com os outros. Decorrem dessas premissas, que as decisões precisam harmonizar dentre outras coisas a diversidade cultural humana e o profundo jogo de interesses econômicos e políticos. O resultado é que sempre se colocarão disjuntivas para o estabelecimento de políticas públicas de organização e modificação da vida social nas cidades, e que poderão redundar, como geralmente acontece, em conflitos de diferentes propostas ou de diferentes concepções de “bem” para a cidade. A consequência indiscutível é que as decisões públicas poderão agradar e desagradar, isto é refazerem as cidades de acordo e em desacordo

⁴ “Cidades Rebeldes...”, op.cit. p. 28.

com as subjetividades que ali habitam. Com efeito, esse é ponto que precisa ser tratado de modo adequado. Respeito e harmonização dos interesses e pontos de vista. Como fazê-lo? Primeiramente, não podemos perder a capacidade de avaliação das contínuas mudanças nos lugares nos quais vivemos, pois poderemos produzir resultados desastrosos para as atuais e para as futuras gerações. E em segundo lugar, é preciso encontrar um arranjo institucional que ofereça condições para a participação do maior número de cidadãos nos processos que interessem a coletividade, sendo que para tal a democracia necessita evoluir de um modelo representativo para outro mais amplo, com maior participação e reais possibilidades de deliberação.⁵

Dito isso, passemos a análise de um acórdão do TJ do RS sobre o tema.

1.1 Agravo de Instrumento 70054203187 – TJ - RS

Tem sido praxe na era da judicialização da política e de uma politização (ativista) do Direito, temas que investigamos há mais de 20 anos, que a quase totalidade dos conflitos sociais desemboquem no Judiciário. E o caso aqui trazido é mais uma dessas situações, nas quais muito menos do que um possível entendimento, é buscada via poder judiciário uma decisão unilateral e heterônoma sobre aquilo que “supostamente” seria melhor para uma cidade e seus concidadãos.

Para entender o caso, importemos a ementa do acórdão:
agravo de instrumento. direito público não especificado. ação civil pública. dano ambiental. área de aterro. corte de árvo-

⁵ Sobre o tema da deliberação o grande teórico é Jürgen Habermas, como veremos. No entanto, temos orientado trabalhos de mestrado e doutorado no PPGDIR-UFRGS sobre o tema, como são exemplos “Direito Ambiental e Democracia Deliberativa” e “A Consideração dos Ausentes à Deliberação Ambiental”, ambos escritos por Leonardo da Rocha de Souza.

res plantadas em parte do trecho da obra de duplicação viária no município de porto alegre. possibilidade.

Possibilidade de corte de árvores em parte do trecho da duplicação do sistema viário no Município de Porto Alegre, na Avenida Edvaldo Pereira Paiva, em área decorrente de aterro, diante da necessidade de desenvolvimento urbano, em benefício da população local, oportunizando melhor deslocamento viário, havendo a supressão de árvores comuns, na maioria exóticas ou invasoras, que foram plantadas no local, não estando ameaçadas de extinção, sendo perfeitamente viável o transplante de determinadas árvores, bem como a devida compensação, mesmo em caso de árvores nativas, sem que se possa falar em ofensa ao meio ambiente.

Inteligência do artigo 225 da Constituição Federal.

Precedentes do TJRS.

Agravo de instrumento desprovido.

Como se vê, estamos diante de um conflito de diferentes pontos de vista sobre como transformar a cidade de Porto Alegre. Valorizando o desenvolvimento urbano mesmo que a custo da supressão de um conjunto de árvores tidas como comuns e exóticas, além de invasoras, e que poderiam tranquilamente ser transplantadas feitas as devidas compensações, ou tomando uma posição contrária.

No entanto, cabe dizer que a situação não tem nada de simples, pois esse conflito e a necessidade de uma discussão sobre os melhores caminhos para a cidade foi detectada pelo Ministério Público estadual que, não só atuou em primeiro grau, como está na condição de autor também deste agravo em regime recursal.

A polêmica e o conflito, portanto, aparentemente exagerado por tratar-se de árvores menos importantes, inesperadamente tomou proporções consideráveis, ao ser assumido como uma das bandeiras dos movimentos sociais em Porto Alegre. Tanto é assim, que a decisão de primeira instância para ser tomada necessitou estabelecer um diálogo com os movimentos, e em que pese esforços interessantes de negociação e diálogo patrocinados

pelo juiz da causa, o fato é que a sentença que decidiu pela autorização do corte se deu de maneira monocrática e pouco antes de um acordo que estava próximo de ocorrer (ou talvez não), devido ao acirramento das atitudes dos integrantes dos movimentos, o que teria desencadeado o final ora contestado pelo MP.

Assim o agravo que ora consideramos foi interposto junto a Vigésima Segunda Câmara Civil do TJ- RS, em Porto Alegre e é aqui que colhemos os dados para nossa reflexão crítica. Lendo-se o relatório, verifica-se que o Desembargador relator traz à baila inicialmente os óbices levantados pelo MP em sua argumentação recursal:

- Obra viária que privilegia o automóvel e afasta a concretização de um parque público previsto em LC ao PDDUA;

- O corte ter sido autorizado exclusivamente pelo juízo monocrático, com supressão de instância.

- Sustentou por fim que a decisão colidiria com o art. 225 CF e arts. 2º. Inciso I e 4ª. incisos I e VI da Lei 6. 938/81, etc.

Quanto ao voto do magistrado, destacamos o seguinte:

- Relembrou que havia sido ele que, num primeiro momento, teria deferido medida liminar com efeito suspensivo do corte, e que a proteção se justificava por ainda não estar sendo discutido o mérito.

- Mas que agora afastava o agravo de instrumento, bem como suas preliminares de alegada ofensa ao duplo grau de jurisdição e à ampla defesa, basicamente a partir do seguinte argumento: entre os valores em conflito, não haveria dúvida alguma sobre a maior importância da duplicação da via para o progresso e desenvolvimento da cidade frente a preservação de árvores exóticas. E o fundamento final e decisivo para a ponderação, encontrava no fato de que, sendo um aterro, tudo ali assim como foi posto pelo homem poderia ser retirado.

O argumento principal e determinante, pois, seria o de que “a área em questão, onde se encontram as árvores, é decorrente de aterro, e que foi construído mediante drenagem que foi feita ao longo dos anos, em várias etapas”. E que a proteção do am-

biente “é importante, mas não se pode impedir, cumpre repetir, o desenvolvimento econômico e social, não podendo haver entrave à implementação de política de desenvolvimento urbano”.

Enfim, lembrou também que haveria o dado de que a data da licença ambiental seria de 22-11-2012 e a ação civil pública seria posterior 26-03-2013, e que a interrupção agora geraria prejuízos à municipalidade e aos cidadãos, talvez justificando a não continuidade do debate e prolongamento da decisão.

Não obstante, quanto ao fato da ação civil pública ser posterior, afirmaria que em termos de proteção ambiental e direito à paisagem, não se pode pensar em licenças definitivas, não devem existir posicionamentos estanques, pois a consciência acerca de consequências nefastas ao meio ambiente decorrentes da ação humana, podem vir posteriormente a instalação de indústrias perigosas, apenas para exemplificar.

1.2 Análise crítica da decisão do Agravo de Instrumento

Imediatamente, retomemos David Harvey. Onde está à liberdade de discutir sobre as transformações da cidade e a construção de um modelo em detrimento de outro diante da ocorrência de uma decisão judicial monocrática? É certo que os conflitos necessitam de instâncias decisórias que lhes ponham um ponto final, pois não podem e não devem se perpetuar no tempo, sob pena de causarem ainda maiores danos. Porém, estamos diante de um caso bastante complexo, senão vejamos.

Primeiramente, a nosso juízo, ocorreu um equívoco de entendimento sobre o que seja “bem ambiental” nessa sentença, na medida em que esse bem deve ser entendido como um “macro-bem”, composto de duas dimensões indissociáveis que são a natureza em sentido estrito e a cultura ou dimensão simbólica a partir da qual se lhe atribui significado. Se como demonstrou Harvey natureza e cultura (alma, espírito, psique, jogo de inte-

resses ou o que se queira denominar como tal) não podem ser dissociados na existência humana, então aquelas simples árvores poderiam estar a compor um cenário, uma paisagem, e conseqüentemente a sua importância não poderia ser medida somente a partir delas mesmas, senão que em relação ao todo daquele cenário, de vez que, como se viu, ali se pretendia construir um parque, que, por seu turno se juntaria aos demais elementos que fazem daquela região um espaço de cultura, de lazer e de turismo, porque não.

Diante disso é que, no mínimo, se deveria ter dado maior relevância ao fato de que a existência de conflitos de subjetividades sobre o que seria mais importante, se uma duplicação de via do interesse de moradores de outras áreas e mesmo de toda a cidade em busca de uma ideia de progresso ou o respeito às subjetividades daquelas pessoas que habitam o local ou mesmo daqueles que valorizam mais a sustentabilidade e a ecologia, *requerem um amplo e ético debate*. Portanto, se duplicação faz parte de um todo maior – progresso e desenvolvimento urbano, o corte das árvores também atinge um bem maior, que implica não só na proteção de vegetais, mas na defesa do direito à paisagem e a qualidade de vida, tal como veremos um pouco melhor logo adiante.

De modo que a nosso juízo, repetimos, essa decisão produz um dano que é a fragmentação do sujeito e do objeto em questão, como se o bem protegido em direito ambiental fossem apenas agressões específicas à uma natureza autônoma que deveria manter-se equilibrada, de modo independente dos sujeitos e de suas subjetividades sobre o que seja o melhor para a sua vida. Como pensar então em princípios de responsabilidade, mesmo que muitas vezes eles sejam contraditórios, como é o exemplo de progresso versus proteção ambiental?

Indiscutivelmente, desde Kant a ideia de intersubjetividade ocupa um lugar de destaque na teoria do conhecimento e na filosofia e tem servido como estrela polar para as decisões práticas. Contudo, para que essa ideia não seja tão somente um conceito vazio e transcendente, é preciso percebê-la em seus con-

textos históricos como o resultado significativo da capacidade de inteligência, do raciocínio e do entendimento humano, nos permitindo o estabelecimento de “juízos sintéticos a priori”. Portanto, a intersubjetividade quer dizer que do ponto de vista racional estamos interligados uns aos outros. Porém, o mais importante para a nossa análise é perceber que existem também distâncias acerca do entendimento nas relações efetivas entre o *eu* e o *Outro* (com letra maiúscula), esse Outro que na maioria dos casos é diferente de eu mesmo por uma série de razões e precisa ter o seu ponto de vista respeitado, ter liberdade. De modo que nossa relação com o mundo é social justamente porque cada um de nós, em tese, possui a capacidade julgar, e para isso necessitamos de instituições políticas que ao tratarem de questões de interesse coletivo, preservem os direitos de fala de todos aqueles que se sentirem afetados pela decisão.

E é isso que nos leva ao que denominamos neste trabalho de “um direito à paisagem”, “direito à qualidade de vida”, “direito mesmo de exigir a proteção do meio ambiente contra danos estéticos”⁶, diferentemente da decisão dada que veio a privilegiar o progresso e o desenvolvimento urbano. Trata-se de um tema, esse do direito à paisagem, que não é totalmente novo, mas que agora nos preocupa para além dos temas tradicionais de direito fundamental, sobretudo os mínimos existenciais, a fim de tratarmos adequadamente os direitos fundamentais desde uma visão integral de ser humano. Por outro lado, esse tema pode ser relacionado a trabalhos construídos por nós anteriormente sobre “proteção ambiental e diversidade cultural ou multiculturalismo”, que justamente procura conservar um pressuposto metodológico sobre o problema ambiental que não separa e não radi-

⁶ Sobre danos estéticos ou responsabilidades do individual ao coletivo extrapatrimonial, temos o importante livro de José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, como indicado nas referências. Sobre o direito à paisagem urbana e dano ambiental estético, consultem-se trabalhos de Flávia de Souza Marchezini, também indicado nas referências.

caliza antropologia e biologia, mas que os vê como os dois lados de uma mesma moeda⁷.

Finalizando, todo debate sobre o corte de árvores aparentemente descartáveis, não por acaso se transformou em um caso de difícil solução. Para enfrentá-los, necessita-se de arenas apropriadas, como diria Jürgen Habermas, de participação popular no âmbito das decisões político-jurídicas. Por isso veremos agora uma vez mais aspectos da denominada democracia deliberativa.

2 A GESTÃO DAS CIDADES: Democracia deliberativa, utopia ou realidade?

Os movimentos sociais têm sido enfáticos quanto a insuficiência da democracia representativa. E como temos dito em vários trabalhos⁸, desde as clássicas às modernas discussões sobre o que entender por democracia, concordamos com a classificação do prof. Luigi Bobbio (informação verbal)⁹ que assinalou sobre a possibilidade de se poder falar de pelo menos três modelos para se tomar decisões coletivas: o *voto* – processo agregativo no qual as preferências se contam com o escopo de determinar a opção vencedora, democracia majoritária; a *negociação* – processo através do qual os participantes, sobre a base de preferências dadas, dividem o que é posto em jogo, democracia consensual – unanimidade do acordo; e, a *argumentação* (deliberação) – processo através do qual as preferências dos participantes se modifi-

⁷ Cfe.obra por nós organizada sobre “Direitos Fundamentais e Contemporâneos”, RJ: Lumen Juris, 2012.

⁸ Trabalho enviado ao XXII Conpedi/Uninove em São Paulo em novembro de 2013, intitulado “Direitos Fundamentais e Democracia Deliberativa na dinâmica reflexiva das sociedades globalizadas”.

⁹ Informação coletada em palestra do Prof. Luigi Bobbio, realizada em Porto Alegre, na UFRGS, em 07 de junho de 2006. Texto manuscrito e de circulação restrita, traduzido pelo doutorando Marcelo Sgarbossa, UFRGS..

cam (transformam) através do uso de argumentos imparciais ou talvez apenas razoáveis sobre o bem comum.

E como temos feito diante dessas hipóteses cabe considerar que o terceiro modelo apresentado acima se aproxima em muito do que Jürgen Habermas tem chamado como “democracia deliberativa”. E no seu livro “Direito e Democracia, entre faticidade e validade”, capítulo VII, Habermas ressalta como vê a “política deliberativa – enquanto um conceito procedimental de democracia”:

a análise das condições da gênese e da legitimação do direito concentrou-se na política legislativa, deixando em segundo plano os *processos políticos*. E minha teoria do direito descreve essa política como um processo que envolve negociações e formas de argumentação. Além disso, a criação legítima do direito depende de condições exigentes, derivadas dos processos e pressupostos da comunicação, onde a razão, que instaura e examina, assume uma figura procedimental.¹⁰

Com efeito, a proposta de Habermas intenta – como ele mesmo enfatiza - uma superação das posições por vezes radicais de liberais e comunitaristas acerca dos valores prioritários, sobretudo porque nas sociedades pós-tradicionais ou pós-metafísicas há um incremento da fragmentação da ideia de “bem”, necessitando-se, antes de tudo, uma adequada arena para o confronto dos argumentos a serem considerados prioritários.

Mas a importância daquilo que é tido como o ponto central na democracia deliberativa, qual seja, o estabelecimento de uma *comunicação* efetiva entre a sociedade civil e o Estado, nunca esteve colocado em uma situação de tamanha urgência para ser repensado e praticado no Brasil como agora. É flagrante a falta de sintonia da sociedade civil com a ordem institucional confirmando as teses de Manuel Castells¹¹ de que um dos elementos fortes que movem esses grupos de manifestantes pode ser encontrado em um profundo sentimento de descrédito na política

¹⁰ “Direito e Democracia”, 1997, vol. 2, p.9.

¹¹ Manuel Castells, op. cit., p 7-28.

tal como hoje ela se encontra institucionalizada. Em outras palavras, um descrédito no sistema político representativo.

Os movimentos sociais, orquestrados ou espontâneos, das ruas e dos computadores, no mínimo estão a dizer o seguinte: há uma insuficiência das ideologias tradicionais, sobretudo na medida em as instituições oficiais estejam construídas e falando unicamente a partir dessas ideologias e de seus interesses. Razões instrumentais, para usar o linguajar de Habermas, precisam ceder lugar a razões comunicativas. As pautas se ampliaram, e outros direitos para além do crescimento desenfreado e desnortado das cidades, passa pelos outros aspectos anteriormente descritos¹².

Importando os aspectos mais gerais da democracia deliberativa para o Brasil, é possível refletir que muito embora nossa Constituição de 88 tenha aberto os caminhos para uma participação mais efetiva da sociedade civil nos destinos das cidades e do país, sendo que a partir dos anos 90 iniciou-se uma construção efetiva de mecanismos de participação, ao serem estabelecidas as figuras dos “Conselhos” e das “Conferências” em várias áreas chaves como Educação, Saúde, Cidades e etc., o fato é que ainda há muito por fazer. Esses novos caminhos precisam de estudos aprofundados para se diagnosticar as suas reais e concretas possibilidades de participação social. Leituras já existem sobre o fato de que apenas algumas políticas públicas muito superficiais são colocadas para discussões nesses conselhos. Os grandes problemas infraestruturais, sobretudo nas cidades, tais como a discussão sobre privilegiar a proteção ambiental e o patrimônio cultural ou então a especulação econômica e imobiliária, parecem não haver dúvidas sobre quem está vencendo essa disputa.

Enfim, embora haja muito por fazer, as portas já foram abertas. O que precisamos é agir, o que parece já estar acontecendo em alto grau e boa medida com esses movimentos sociais.

¹² “O que é Justiça ambiental”, de Henri Acelrad, Cecília Campello Mello e Gustavo das Neves Bezerra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste final, gostaríamos de trazer primeiramente mais algumas impressões sobre a decisão judicial estudada. A primeira delas residiria na pergunta sobre como raciocinar em cima do problema concreto e dos argumentos expostos. O Direito é uma ciência social aplicada, pragmática, decisória, precisa dar respostas, eficientes e qualificadas.

E de fato, tal como utilizado pelo magistrado, há uma teoria alemã da ponderação que principalmente através da obra de Robert Alexy¹³ tem servido de base para a solução de casos difíceis que desembocam nas cortes superiores no Brasil.

Não obstante, que fique claro que se a duplicação faz parte de um todo maior, o corte das arvores também se traduz em um prejuízo a um todo maior, como são exemplos o parque que havia sido projetado e muito provavelmente um conjunto de subjetividades relativas as pessoas diretamente atingidas.

Por outro lado, a resolução de princípios em conflito pelo princípio da proporcionalidade, não pode desconsiderar o impacto “silencioso” ou não da mídia na construção das opiniões, e em última escala, da esfera pública, local por excelência de engendramento de intersubjetividades, reais ou supostamente reais.

Como diz Ricardo Lorenzetti¹⁴, ministro da Suprema Corte Argentina, as decisões judiciais padecem da influência do que ele denomina de paradigmas ocultos¹⁵ – o que poderia conduzir o julgador a encontrar razões para ambas as decisões. Mas na análise da posição do juiz no caso concreto em análise, talvez pudéssemos reconhecer que entre o paradigma da proteção e vul-

¹³ “Derechos sociales y ponderación”, ver nas referências.

¹⁴ Em sua obra “Teoria da Decisão Judicial, Fundamentos de Direito”. Trad. Bruno Miragem. SP:RT, 2009.

¹⁵ Ricardo Lorenzetti, op. cit. 227 e segs. Para o autor, esses paradigmas se aproximariam da ideia de uma pré-compreensão, que nem sempre aparece completamente explicitada.

nerabilidade e o do consequencialismo econômico, seguramente esteve mais próximo deste último.

Mesmo que não haja argumentos mais fortes do que aqueles que entendeu a justiça, ainda assim o direito de discussão sobre os melhores caminhos não só é fundamental, como necessita de uma democracia deliberativa. O modelo de democracia deliberativa, como nos mostrou o prof. Luigi Bobbio na palestra anteriormente referida, nos apresenta três vias para a inclusão: (1) Porta aberta – assembleias abertas a todos (OP); (2) Todos os pontos de vista – muitas experiências, sobretudo no campo ambiental; (3) Uma amostra casual de cidadãos – citizens juries e outras experiências análogas. Que se confrontam com três fragilidades: (1) - Autoexclusão dos mais fracos; (2) - Papel dos grupos organizados; (3) - Baixa participação; (4) - Desigualdade entre os participantes. Lamentavelmente, um debate sobre esses aspectos, no momento, transcende nossos objetivos momentâneos, pelo que nos desculpamos.

Ao término deste texto, gostaríamos de reafirmar então à necessidade de que não percamos de vista nossa capacidade de indignação e de análise dos possíveis leques alternativos existentes quando uma decisão de interesse coletivo tem de ser tomada, e por isso os movimentos sociais não são uma mera coincidência. E no caso aqui estudado, os direitos fundamentais relativos à paisagem urbana, qualidade de vida e proteção contra o dano ambiental estético, que são alternativas essenciais à dignidade e à alma de qualquer ser humano, deveriam ter recebido maior atenção e consideração das autoridades, o que definitivamente, a nosso juízo, terminou por não ocorrer em seus devidos termos.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. RJ: Garamond, 2009.

ALEXY, Robert. **Derechos sociales y ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. 2ª. Edição. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich. **La Sociedad Del Riesgo Mundial** - en busca de la seguridad perdida. Trad. Rosa Carbó. Barcelona: Editora Paidós, 2008.

CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança**. Movimentos sociais na era da Internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1ª. Ed. RJ: Zahar, 2013.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** - Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Trad. William Rehg. Cambridge: Massachusetts, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre validade e faticidade. 2 vls. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Trad. George Sperber, Paulo Soethe e Milton Camargo. SP: Edições Loyola, 2007.

LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos do Direito**. Trad. Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Cláudia Lima Marques. SP:RT, 2009.

MARCHEZINI, Flávia de Sousa. Paisagem urbana e dano ambiental estético. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH**, BH, ano 3, n.5, jan/jun. 2010.

MARICATO, Ermínia et al. **Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Boi Tempo, 2013.

MORATO LEITE, José Rubens e ARAÚJO AYALA. *Dano Ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*. 5ª. Ed. SP: RT, 2012.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. (Org.) **Direitos Fundamentais e Contemporâneos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ROCHLITZ, Rainer. **Habermas - O uso Público da Razão**. Trad. Léa Novaes. RJ: Tempo Brasileiro, 2005.

SEGOVIA, Juan Fernando. **Habermas y La Democracia Deliberativa** - una utopía tardó moderna. Madrid: Marcial Pons, 2008.

SEGURA, David San Martín y BETRÁN, Raúl Susín (Coordinadores). **Derecho y política en la sociedad del riesgo**. Espanha, Rioja: Universidad de la Rioja, 2009.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. **Direito Ambiental e Democracia Deliberativa**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013.

SOUZA, Leonardo da Rocha. *A Consideração dos Ausentes à Deliberação Ambiental. Uma proposta a partir da Ética do Discurso de Jürgen Habermas*. RJ: Lumen Juris, 2013.

O MUNICÍPIO E A QUESTÃO AMBIENTAL

Eloi Ampessan Filho¹

1 Considerações Iniciais

Escreve-se a respeito da questão ambiental, analisando a possibilidade de legislar, que se abriu para o Município no que diz respeito à legislação ambiental.

Acredita-se não haver dúvida quanto à importância da criação de uma consciência ambiental, tanto para preservar quanto conservar o meio ambiente natural, porém, diante da pálida existência desta (consciência ambiental), os meios coercitivos da legislação deverão efetivar a proteção ambiental, que deverá ser traduzida em qualidade de vida.

A questão de fundo deste trabalho é expor as possibilidades abertas, quando da promulgação da Lei nº 14.675, de 13 de abril de 2009 – Código Estadual do Meio Ambiente, de Santa Catarina, uma vez que inaugurou uma discussão, ou seja, a constitucionalidade de normas estaduais que contrariam normas federais, pois, referido Código flexibiliza a legislação ambiental indo de encontro à legislação federal pertinente ao tema. Tal situação

¹ Advogado. Pós Graduado em Processo Civil e Gestão Ambiental. Mestrando em Bioética. Procurador do Município de Capão Alto/SC. Professor Universitário na UNIPLAC- Universidade do Planalto Catarinense. Pesquisador da Rede Aquífero Guarani

pode ser acompanhada pelos municípios: legislar de forma a contrariar disposição de lei federal?

Para tanto o trabalho terá quatro capítulos, sendo o primeiro: I – Eu e o Meio Ambiente –, onde se questionará onde nós cidadãos estamos inseridos neste processo, a questão ambiental.

O segundo: II – A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a questão das competências –; demonstrará o debate quanto à constitucionalidade ou não do Código Ambiental de Santa Catarina, e as possibilidades abertas por este.

O terceiro: III – A Política Simbólica –; o arsenal jurídico existente, porém, na prática não cumpre seu objetivo.

O quarto: IV – A importância dos Municípios na Questão ambiental –; e até onde vai a autonomia destes. De que forma os municípios podem contribuir para a questão ambiental, seja na preservação ou conservação ambiental sem, no entanto, extrapolar a competência legislativa.

2 Eu e o Meio Ambiente

Quando se trabalha a questão “eu e o meio ambiente”, implicitamente se está perguntado “de que forma tenho contribuído para o meio ambiente mais equilibrado, para um futuro melhor para mim, para os que me rodeiam e aqueles que virão?” (art. 225, da CRFB/88).

A questão ambiental vai além da discussão acadêmica ou de botequins, traçadas por aqueles que supostamente são pró ou contra o meio ambiente. A discussão não pode ser posta desta forma – pró e contra –, uma vez que não há como ser contra o meio ambiente, tão pouco, se deve ser pró sem ver a situação como um tudo, com início, meio e fim, pois os extremos são perigosos.

O meio ambiente é questão de direitos e deveres, é superior à vontade individual de cada cidadão, fato superado na teoria, mas que na prática ainda está longe de ser implementado, uma

vez que não se encontrar explicitada a relação entre meio ambiente equilibrado e qualidade de vida. Exemplos de desrespeito ao meio ambiente não faltam nas cidades brasileiras, que crescem de forma desordenada, não respeitando a natureza e por consequência comprometendo, a longo prazo, a existência humana, uma vez que as previsões futuras, no que diz respeito ao meio ambiente, em especial à água, não são nada animadoras.

Basta observar o que acontece com os rios, riachos ou qualquer curso d'água que passem pelas cidades, os que não morreram estão agonizando, pedindo socorro; esta é a regra. Porém, a situação é mais complexa, não estamos matando somente os rios, mas estamos comprometendo as reservas de água para o futuro, as águas subterrâneas, uma vez que a questão ambiental é sistêmica. Há que ser vista como um todo: águas subterrâneas tem áreas de carga e recarga, interligam-se, comunicam com as águas da superfície, logo está-se poluindo e destruindo, também, as águas subterrâneas.

Não resta dúvida de que a preocupação com o meio ambiente vem crescendo, principalmente porque está atrelada com qualidade de vida, daí a necessidade de se efetivar a questão ambiental como prioridade. A questão é como equacionar tal situação – meio ambiente e desenvolvimento. Nesta toada o doutrinador José de Ávila Aguiar Coimbra:

Você poderia perguntar-me se, ao falar de Meio Ambiente e qualidade-de-vida, não estamos diante de uma única realidade. Eu lhe diria que estamos diante de uma situação curiosa em que essas duas realidades, que se distinguem entre si, acham-se mutuamente comprometidas como a corda e a caçamba na cisterna. As preocupações ambientais de hoje relacionam-se com a qualidade-de-vida de sempre. A incógnita desta equação reside justamente em nossas disposições para resolvê-la. A dificuldade já não vem da natureza, vem do homem, de nós próprios. (*in* O outro lado do meio ambiente: uma inclusão humanista na questão ambiental. Campinas, Millennium, 2002, p. 57).

O respeito ambiental depende de nós, porém, temos que nos reeducar. Mas a dificuldade está justamente nesta reedu-

cação, pela qual sairíamos deste estado de letargia – onde figuramos como meros espectadores –, o máximo que fazemos é reclamar ou comentar para quem está próximo determinado fato, demonstrando indignação.

Tanto se fala em qualidade de vida, tanto se fala em vida digna. Outrora tinha-se como valor supremo e absoluto a vida. Atualmente a vida ganhou outro contexto: não basta viver, mas viver com qualidade, com dignidade e para tanto há que se estar em um meio ambiente equilibrado, sadio, pois sem este não há saúde, e em algumas vezes, sequer dignidade.

Dentre as dificuldades encontradas para mudar a atual situação – falta de medidas efetivas por parte da população para a melhoria da qualidade ambiental e por sua vez de vida –, está, dentre outros o consumismo, não há como dissociar meio ambiente e consumo. Exemplificando: a grande maioria dos bens de consumo utiliza durante o processo (construção, formação, desenvolvimento, etc) água. Quanto mais se consome, sem necessidade, mais água está sendo desperdiçada. Não há como não referendar, também, o crescimento desordenado das cidades (ocupação de encostas, destruição da mata ciliar, cursos de água aterrados e/ou contaminados, o adensamento dos centros urbanos, etc).

Para que se entenda a dimensão do consumo de água, refenda-se o conceito de água virtual: é aquela onde se calcula o consumo de água existente nos produtos, mercadorias e serviços. Destaca-se:

A Água Virtual nos permite ter uma dimensão mais abrangente sobre o uso consciente da água, ainda mais no contexto atual em que a escassez é uma possibilidade. Segundo a empresa de tratamento de água e esgoto Sabesp, o consumo de água diário por habitante é de aproximadamente 200 litros por dia. No entanto, segundo cálculos da Água Virtual apresentado pela revista National Geographic (), na produção de um quilo de carne de vaca são consumidos cerca de 15 mil litros de água e na produção de uma xícara de café, cerca de 140 litros, por exemplo. Dados como estes nos permite chegar à conclusão de que a

quantidade de recurso hídrico que necessitamos para nossa sobrevivência é infinitamente maior do que o esperado. (in <http://www.rc.unesp.br/biosferas/0067.php>).

Recorda-se que a água tem um ciclo e que não se produz água. A questão da água vai além do ambiental, deve ser encarada inclusive, como de segurança alimentar, mas tal questão será tratado em outra oportunidade.

Quanto mais se desenvolve a sociedade, mais se fala em qualidade de vida, mais se persegue a mesma, por meio de mecanismos que tendem a confundir qualidade com nível de vida, no entanto, são situações distintas. Somos uma sociedade com conceitos equivocados, fruto de ideias distorcidas como de que a questão econômica resolve tudo; engano terrível. Neste norte:

(...) Morin e Kern (2003) assinalam que o desenvolvimento pode apresentar-se sob duas perspectivas: na primeira delas, é um mito global no qual as sociedades industrializadas atingem o bem-estar, reduzem suas desigualdades e dispensam aos indivíduos o máximo de felicidade; na segunda é uma concepção restritiva em que o crescimento econômico é força propulsora e suficiente de todos os seus possíveis desdobramentos.

(...) o conhecimento empírico evidencia que o crescimento econômico não é necessariamente sinônimo de desenvolvimento, especialmente quando este é considerado em sentido amplo. O crescimento econômico é com certeza necessário, assinala Sachs (1992), mas não o necessário para garantir o desenvolvimento.

Não vemos, na questão econômica, a resposta para dias melhores quanto à questão ambiental e ecológica – ou ainda como um todo, uma vez que o desenvolvimento vem gradativamente sendo substituído pela crise (FERREIRA, p. 8) –, por consequência não teremos qualidade de vida sem mudanças de hábitos de filosofia de vida. É, de certa forma, cômico o fato de buscarmos no consumismo, muitas das vezes pela propaganda vinda do “primeiro mundo” (do qual não fazemos parte), a solução para os problemas das mais variadas ordens (sociais, angústias, tristezas, frustração amorosa, etc) todos podendo ser,

supostamente, amenizados com o consumo (uma bolsa nova, um carro, uma viagem, uma calça, etc).

Conforme posto pela mídia, encontramos alegria, satisfação e qualidade de vida quando possuímos TV a cabo, I pad, I fone, usamos a marca do momento, consumimos o que somos induzidos, e não o que necessitamos. Se considerarmos os índices de saneamento básicos em nosso país, que são muito baixos, temos um dos elementos que nos distancia do primeiro mundo. Traz-se:

Somos nós que vivemos e fazemos as cidades, por consequência somos nós que devemos transformá-las em algo mais benéfico à saúde, mais agradável ao espírito. A necessidade de uma mudança de atitude da população fica clara quando Jean Morval diz:

A respeito disso, numerosas revistas de literatura confirmam que há uma tomada de consciências dos problemas ecológicos que cresce no seio da população, e esta problemática torna-se uma questão primordial que está cada vez mais no centro das preocupações midiáticas. As pessoas, contudo, consideram que a indústria e o governo são os principais responsáveis por esses problemas. Em segunda posição vem a actividade das populações, que provoca danos ecológicos importantes. Além disso, quanto mais as exigências aumentam, menos os indivíduos se consideram responsáveis. A população julga que o governo, a indústria e a tecnologia podem resolver esses problemas sem a ajuda dela, quando seria necessária uma conscientização acrescida do cidadão. (*in* Psicologia Ambiental, tradução Antônio Viegas, Lisboa, Instituto Piaget, 2009, p. 48/49).

Está claro que o Estado por si só não tem “forças” para gerir as questões ambientais. Há que se encontrar o equilíbrio entre o que se pode, o que se deve e o que efetivamente se faz. O equilíbrio somente será encontrado quando a população assumir suas responsabilidades, que vão além de pagar impostos. Temos o dever de cobrar e de participar do processo vigiando a correta aplicação da verba pública, elegendo prioridades.

A mudança de atitude poderia ter início com a aplicação da Lei 9.795, de 27 de abril de 1999 - Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências – , a qual tem por intenção criar uma consciência ecológica.

É evidente que sem a participação mais efetiva da população diante de nossos governantes, cobrando da forma correta a importância do meio ambiente equilibrado, não se terá uma resposta satisfatória quanto aos anseios do desenvolvimento sustentável, como meio ambiente equilibrado e cidades menos cinzas. Porém, para que tal fato ocorra, necessário a criação de uma consciência ecológica que nos demonstre a real importância do meio ambiente e as implicações práticas deste.

3 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a questão das competências

Até pouco tempo não se questionava a hierarquia existente quanto às leis, onde de forma simplista podia-se dizer que no topo estava a Constituição da República, decrescendo dela as leis federais, leis estaduais e leis municipais. No que diz respeito às questões ambientais, tal sequência só poderia ser quebrada, invertida e alterada se as supostamente inferiores fossem mais restritivas,

Tal lógica começou a ser quebrada quando da promulgação da Lei nº 14.675, de 13 de abril de 2009 – Código Estadual do Meio Ambiente, de Santa Catarina²³, o qual em um primeiro

² O Código pode ser encontrado *in* http://www.cooperalfa.com.br/2010/arquivos/codigo_ambiental.pdf

³ Leitura interessante a respeito in Adelar Donato Salvador., (in)constitucionalidade do Código de Santa Catarina. Florianópolis , 2009, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inconstitucionalidade-do-c%C3%B3digo-estadual-do-meio-ambiente-de-santa-catarina> acesso em 145.10.2013.

momento foi taxado de inconstitucional, por ambientalistas, sofrendo ADI – 4252 (que tramita junto ao STF).⁴

Pode-se observar o parecer do Ministério do Meio Ambiente quanto ao Código Ambiental de Santa Catarina:

Este Parecer foi motivado pelo Memorando no 028/CONJUR/MMA, de 23.04.2009, que solicita análise técnica das Secretarias de Biodiversidade e Florestas, Mudanças Climáticas e Qualidade Ambiental, Recursos Hídricos e Ambiente Urbano, em face de suas competências regimentais, a fim de reafirmar a preponderância do interesse nacional na definição de determinadas matérias ambientais tratadas nos arts. 114, 115 e 118 da Lei Estadual nº 14.675, de 13 de abril de 2009, que Institui o “Código Estadual

do Meio Ambiente”, aprovada pela Assembleia Legislativa de Santa Catarina e sancionada pelo Governador do Estado. A CONJUR/MMA solicita a análise a fim de fornecer subsídios para manifestação do Excelentíssimo Senhor 1º Presidente da República e do Advogado-Geral da União, com vistas a reforçar os argumentos de inconstitucionalidade expendidos na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade no 4229, impetrada pelo Partido Verde no Supremo Tribunal Federal.⁵

A Autonomia do Código de Santa Catarina encontra apoio também no pacto federativo, uma vez que “os autores são unânimes em incluir entre as características fundamentais do estado federal a soberania da Federação e a autonomia das unidades federadas.” (*in* OLIVEIRA, 2006, P. 66).

A CRFB/88, em seus artigos dispõe:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito

⁴ Referida ADI não foi julgada, pode ser acompanhada pelo site <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2684447>

⁵ Referido parecer pode ser consultado na íntegra no site: http://www.mma.gov.br/estruturas/202/arquivos/parecer_lei_14675_cdigo_ambiental_sc.pdf acesso em 10.10.2013.

Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Conforme se observa acima, no Brasil a Constituição fixa, de forma explícita ou implícita, as Competências. E ainda, amplia a competência dos municípios quando:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Quanto aos municípios, a questão ambiental será melhor tratada no quarto capítulo deste artigo.

Mas no que diz respeito ao Código Estadual do Meio Ambiente, de Santa Catarina, o que no início parecia ser facilmente perceptível – a inconstitucionalidade –, não aconteceu, uma vez que este está a irradiar efeitos e a ADI proposta contra o mesmo não foi julgada⁶.

O Código Catarinense trouxe a reboque o debate no Congresso Nacional, das questões ambientais, o qual resultou no Novo Código Florestal, Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 (alterado pela Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012)⁷.

Tais fatos: o Código Estadual do Meio Ambiente, de Santa Catarina, Lei 14.675, de 13 de abril de 2009 e o Novo Código Florestal, Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012, tem em comum a vontade política de segmentos setoriais. Por consequência, demonstra-se que quando há vontade política as coisas acontecem.

⁶ A ADI foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República com pedido cautelar – declaração de inconstitucionalidade do artigo 28, incisos XV, XVI, XVII, XVIII, XX, XXII, XXX, XL, XLVIII, LX, LXV e LXVI e §§ 1º, 2º e 3º; dos artigos 101 a 113, com todos seus incisos e parágrafos; do artigo 114, com todos incisos e alíneas, bem como dos §§ 1º e 2º; do artigo 115, e incisos; do artigo 116, e incisos; do artigo 118, inciso X; do artigo 121, parágrafo único e do artigo 140, § 1º e incisos, todos da Lei nº 14.675, de 13 de abril de 2009, do Estado de Santa Catarina, que institui o Código Estadual de Meio Ambiente.180 A ADI foi autuada sob o nº 4252-1 e distribuída ao Ministro Celso de Mello, que será o relator

⁷ Tal lei pode ser consultada no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm acesso em 14.10.2013.

4 A Política Simbólica

Referenda-se um dos maiores diferenciais entre a administração pública e o privado, é o fato de que à administração pública é permitido fazer tudo o que está autorizado por lei, enquanto ao particular é autorizado fazer tudo o que não é proibido por lei.

O princípio da legalidade norteia a administração pública (art. 37, da CRFB/88). De modo simplista tal artigo referenda o fato da *administração pública estar sujeita às normas legais*. Nos dizeres de Odete Medauar:

Embora permaneçam o sentido de poder objetivado pela submissão da administração à legalidade e o sentido de garantia, certeza e limitação do poder, registrou-se evolução na ideia genérica de legalidade.

(...)

Ante tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. (in Direito Administrativo, 6^a Ed. rev. e atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 149)

Desta forma o Estado tem por obrigação o respeito às leis e aos princípios que norteiam a administração. Assim não há como o Estado fazer ou deixar de fazer algo senão em função da lei.

É muito comum no Brasil se ouvir que: *não precisamos de mais leis, mas tão somente do cumprimento das que já existem*, fato que não deixa de ser verdade, diante do arsenal legal que existe em termos ambientais. A existência de enorme quantidade de leis não se traduz no respeito, tão pouco no cumprimento das mesmas, que por consequência não reflete em um meio ambiente equilibrado. Como consequência, tem-se a questão ambiental em segundo plano, e a qualidade de vida das pessoas comprometidas.

As leis devem ter sua origem em uma necessidade onde por meio destas o Estado deverá responder aos anseios da popu-

lação, trazendo como objetivo sempre a melhoria na condição de vida à população. Independente do tipo de lei e do que trata, seu fim deverá sempre ser voltado, direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente, à qualidade de vida.

Quanto às leis ambientais, a mesma situação, ao proteger o meio ambiente estamos sim melhorando a qualidade de vida, uma vez que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (...)*. (art. 225, da CRFB/88).

Quando da construção da lei, o legislador tem que levar em conta vários fatores, dentre os quais a questão técnica e a ciência⁸, principalmente quando se vive em uma sociedade de risco, onde os danos ambientais causados podem afetar não somente as gerações presentes, mas as futuras também. Como exemplo, pode-se relacionar a transgenia na agricultura, na qual não se sabem os reflexos futuros quanto ao seu uso; e questão da água, na qual o uso inadequado e o desperdício trarão a escassez às gerações futuras, alterando costumes e hábitos.

Voltando ao binômio desenvolvimento e crescimento econômico, bem esclarece Heline Silvini Ferreira:

A primazia outorgada ao desenvolvimento e ao crescimento econômico não conduziu a humanidade a um estado de satisfação plena, assim como anunciava o progresso.

(...)

Nesse espaço de esgotamento das narrativas otimistas difundidas pelo progresso, a sociedade de risco começou a delinear seus primeiros contornos, caracterizando a segunda modernidade.

(...)

⁸ Não está se referindo à técnica quanto à redação da lei, mas sim aos motivos que levaram o legislador a editar tal norma, tratando-se de questões ambientais muitas das vezes a ciência determina a produção da norma, a lei surge resultado de pesquisas científicas. Pode-se citar como exemplo a lei da biossegurança Lei 11.105 de 24 de março de 2005 e 11.460 de 21 de março de 2007.

Diante da fragilidade dos padrões de segurança existentes, surge a irresponsabilidade organizada, um fenômeno que se propõe dissimular a realidade do risco, estabelecer um falso estado de normalidade e dar prosseguimento ao progresso de forma incondicional. (*In* Desenvolvendo os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no estado de direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010, p. 1).

Percebe-se o surgimento de um novo conceito: a “irresponsabilidade organizada” a qual, por sua vez, tem íntima ligação com a política simbólica:

(...) a política simbólica pode ser definida como um processo através do qual metas e medidas são anunciadas com o propósito de alcançar resultados fictícios ou mesmo não alcançar qualquer resultado. Constitui, portanto, uma estratégia política desenvolvida através de condutas não transparentes que objetivam dissimular a verdade e promover um falso estado de normalidade. (*Ibid.*, p. 40).

Aparentemente a política simbólica está arraigada em nosso meio e tornou-se um hábito político, basta ver os resultados alcançados em critérios básicos de qualidade de vida (educação, transporte, saúde, segurança, mobilidade urbana, água, etc), mesmo que índices econômicos demonstrem uma melhora financeira, a qualidade de vida está comprometida e conseqüentemente a ambiental, ou vice versa, pois caminham juntas.

No que diz respeito à questão ambiental, está inserida no contexto da política simbólica, uma vez que os resultados alcançados com a política de proteção ambiental deixa a desejar. Até mesmo porque muito das leis não são aplicadas na prática.

A solução seria a criação de uma consciência ambiental juntamente com a valoração do bem ambiental, uma vez que só se preserva o que tem valor econômico, pois, Eloi Ampessan Filho em seu artigo: “só se preserva o que tem valor econômico: água”, assim se manifestou:

A valoração dos bens ambientais, como por exemplo, as matas ciliares é indispensável à preservação das mesmas. Pois, se

tivessem valor, e esse valor fosse revertido ao proprietário estes não teriam interesse em desrespeitar a legislação suprimindo-as ou não dispensando o devido cuidado e proteção. Outro exemplo é o que acontece com árvores que estão na lista de extinção, como a araucária angustiforme, cujo corte é proibido. Não possui valor venal, se não há valor para o comércio e não se pode cortá-las quem irá plantá-las? O problema seria resolvido quando estas tivessem valor e, os proprietários recebessem esse valor por preservá-las. (*In* Álvaro Sánchez Bravo (Editor). Ordenación Del território y medioambiente. ArCibel Editores, S.L., Sevilla (Espanã), 2009, p. 389)

Muitas das vezes criam-se leis, tão somente para dar uma resposta teórica a algum anseio, desejo, vontade, interesse, que na prática não resolve problema algum. Há que se mudar este panorama, criando mecanismos que respondam aos interesses sociais, com a efetiva prevenção e conservação ambiental, deixando a política simbólica no passado.

5 A importância dos Municípios na Questão ambiental

Observou-se que o artigo 30, da CRFB/88, dá legalidade ao município para legislar inclusive quanto às questões ambientais, de tal modo que as especificidades locais possam e devam ser levadas em conta quanto à produção legislativa.

É no município que as cidades se desenvolvem; é nelas que a população mora, nasce, vive e morre (exceção á quem mora na zona rural); se as cidades estão crescendo em desequilíbrio algo está errado, seja na produção legislativa ou na aplicação da mesma.

A possibilidade e obrigação do município legislar não está somente no artigo 30, da CRFB/88, mas pode ser encontrada também artigo 182, e seguintes “Da Política Urbana”:

Do referido artigo, destaca-se a referência ao Poder Público Municipal (caput), o Plano Diretor (§1º), a Função Social da Propriedade (§2º) e a possibilidade legal de intromissão do poder público na propriedade (§4).

A Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), que “regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”, prevê em seu artigo 1º (*In* Eloi Ampessan Filho, Necessidade de se efetivar a proteção dos aquíferos nas áreas de recarga e afloramento nas cidades. Álvaro Sánchez Bravo (Editor). *Água & direitos Humanos*. ArCibel Editores, S.L., Sevilla (Espanã), 2012, p. 244)

Há que acrescer do plano diretor a ordem no crescimento da cidade. Como diz José Renato Nalini: “o fenômeno da urbanização brasileira não é recente, mas hoje é avassalador” (*in* Direito que a cidade esqueceu. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 25).

Tal situação – a urbanização de forma desordenada como está ocorrendo – tem relação direta com a legislação, que é feita de forma equivocada ou não é cumprida ou, ainda, ambas as situações.

Se a ocupação do solo ocorre de forma equivocada ou trará prejuízo ambiental, como a ocupação de áreas de carga e recarga (dos aquíferos), ocupação de encostas, derrubada da mata ciliar, ocupação de APP’s, etc, todas estas situações contribuem para agravar a questão da água. Em específico a mata ciliar:

No que concerne aos recursos hídricos, o papel das florestas e da cobertura vegetal é gritante, é radical: não há água sem florestas, não há floresta sem água – essa união é indissolúvel. Sem uma política florestal não se poderá alcançar o equilíbrio ecológico, é verdade, mas é preciso acentuar o equilíbrio hidrológico. (*in* MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Coordenação). *Novo Código Florestal*, 2ª Ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 8).

Raramente há uma cidade que não tenha um rio ou curso d’água cortando a mesma, muito provavelmente ela cresceu justamente por causa da água que era encontrada ali. Sabe-se da

importância da água e, no entanto, o que se faz? Destroem, aniquilam, não se preocupam, jogam o problema para o futuro como se esse não chegasse.

Exemplos não faltam no que diz respeito a loteamentos clandestinos, mas porque surgem se o parcelamento do solo deveria ser fiscalizado? Assim expõe NALINI (p. 52):

O parcelamento do solo é um processo que envolve geólogos, geógrafos, urbanistas, arquitetos, sociólogos, pedagogos, juristas, e reclama atuação permanente da Administração Pública.

Não se pode deixar de mencionar a incompetência do Estado e também do município, quanto ao parcelamento do solo. A lei 10.257/01 – Estatuto da cidade –, em seu artigo 2º dispõe sobre as diretrizes da política urbana municipal:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

(...)

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;

d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;

e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socio-econômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

(...)

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

Se compararmos a realidade da maioria absoluta de nossas cidades e a forma como se desenvolveram, percebe-se a distância que existe entre o direito positivado e o efetivado. A culpa seria da legislação que era imposta aos municípios, porém estes não participavam da produção da norma?

Abriu-se a possibilidade do município legislar, de se planejar ambientalmente. A respeito Toshio Mukai:

As normas propriamente ditas, de proteção ambiental, deveriam advir de um Planejamento ambiental. Este deve-se apoiar na adoção das microbacias como sendo unidades físico-territoriais de planejamento do território municipal; nas avaliações de suporte dos ecossistemas, na verificação da absorção dos impactos provocados pela instalação de grandes obras e empreendimento; no zoneamento ambiental.

O território deve ser dividido de acordo com o zoneamento ambiental (Estatuto de Cidade). (MUKAI, p. 57).

A dificuldade estaria na implementação de tal situação, mas deverá ser a saída, para que se mude o panorama de nossas cidades no que diz respeito à situação ambiental, e por consequência na qualidade de vida de seus moradores, cidades mais equilibradas, harmônicas.

6 Considerações Finais

Tratando-se das questões ambientais, as mesmas são complexas e afetam a todos. Essencial a participação popular na criação de mecanismos que desenvolvam uma consciência ecológica.

O meio ambiente é questão também de saúde, daí a necessidade de se criar mecanismos alterando a atual situação das cidades, fazendo com que estas sejam mais equilibradas, dando ao seu morador uma melhor qualidade de vida, que de forma equivocada persegue-se na questão econômica. Para tentar se encontrar o equilíbrio ambiental o município tem que ter uma maior participação legal, uma vez que é nele que as cidades crescem e se desenvolvem.

A possibilidade do município legislar em questões ambientais é prevista e é legal, só falta ele, o município, assumir sua responsabilidade.

7 BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 67/2010, pelo Decreto nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de revisão nº 1 a 64/94, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.

BRAVO, Álvaro Sánchez (Editor). Ordenación Del territorio y medioambiente. ArCibel Editores, S.L., Sevilla (Espanã), ISBN 978-84-96980-61-7, 2009.

BRAVO, Álvaro Sánchez (Editor). Agua & direitos Humanos. ArCibel Editores, S.L., Sevilla (Espanã), ISBN 978-84-15335-27-6, 2012.

COIMBRA, José de Ávila Aguiar. O outro lado do meio ambiente: uma inclusão humanista na questão ambiental. Campinas, Millennium, 2002.

MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Coordenação). Novo Código Florestal, 2ª Ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORVAL, Jean. Psicologia Ambiental, tradução Antônio Viegas, Lisboa, Instituto Piaget, 2009.

MUKAI, Toshio. Direito ambiental municipal: abordagens teóricas e práticas. Belo Horizonte, Fórum, 2010.

NALINI, José Renato. Direito que a cidade esqueceu. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Celmar Corrêa de. Gr=estão das águas no estado federal, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2006.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo, 6ª Ed. rev. e atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Heline Silvini. Desenvolvendo os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no estado de direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010.

SITES:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 14.10.2012

<http://www.rc.unesp.br/biosferas/0067.php> acesso em 11.10.2013.

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm Cristiane Moreira Rodrigues, qualidade e eficiência dos serviços de saneamento, p. 34, cesso em 11.10.2013.

http://www.cooperalfa.com.br/2010/arquivos/codigo_ambiental.pdf acesso em 14.10.2012

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm acesso em 14.10.2012

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inconstitucionalidade-do-c%C3%B3digo-estadual-do-meio-ambiente-de-santa-catarina> acesso em 14.10.2012

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2684447> acesso em 14.10.2012

http://www.mma.gov.br/estruturas/202/_arquivos/parecer_lei_14675_cdigo_ambiental_sc.pdf acesso em 14.10.2012

A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO BRASILEIRO EM MATÉRIA AMBIENTAL, RESTRINGINDO A ATIVIDADE DE MINERAÇÃO

Sérgio Augustin¹

Nara Raquel Alves Göcks²

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa discutir acerca da constitucionalidade de leis municipais brasileiras que restrinjam a atividade de mineração em seus territórios, partindo-se do pressuposto que a atividade desenvolvida pela empresa mineradora esteja devidamente licenciada, tanto na esfera minerária, quanto ambiental, possuindo assim todas as autorizações e licenças necessárias para o desempenho de sua atividade.

Inicia-se discorrendo sobre a necessária regularização do empreendimento minerário, as etapas que o empreendedor deve ultrapassar para que possa efetivamente desenvolver a atividade, indicando os dispositivos legais que regulam a atividade, tanto para obtenção do título mineral quanto para obtenção do licen-

¹ Doutor em Direito. Coordenador do Mestrado em Direito na Universidade de Caxias do Sul/UCS e Juiz de Direito/RS.

² Mestranda em Direito na Universidade de Caxias do Sul/UCS e Advogada.

ciamento ambiental, destacando as peculiaridades expressas constitucionalmente para a atividade de mineração.

São feitas considerações sobre a titularidade do bem mineral, os efeitos daí decorrentes, bem como sobre a competência para o licenciamento ambiental e a necessária obtenção da licença municipal, tanto no processo mineiro, quanto no ambiental. Enfrentando a essencialidade dos bens minerais e a sua aplicação direta na obtenção do desenvolvimento sustentável, enquanto bens de interesse social.

Num segundo momento se analisa as competências previstas na Constituição Federal, no que se refere a proteção ambiental, com enfoque específico sobre a mineração, verificando as possibilidades legislativas atinentes aos entes federados, em especial a União, titular do bem mineral e dos Municípios.

As posições doutrinárias antagônicas são trazidas ao estudo como meio de introduzir o leitor na grande discussão que rodeia a produção mineral, enquanto atividade que propicia um grande benefício social e ao mesmo tempo grandes impactos ao meio ambiente, procurando demonstrar as peculiaridades que envolvem este importante bem natural e ambiental.

Breves ponderações são feitas em relação a finalidade da lei, a impossibilidade de excesso de poder legislativo, a devida observância do princípio da razoabilidade e a inafastável indenização quando há restrição ao uso do produto da lavra mineral.

DA REGULARIDADE DA ATIVIDADE MINERÁRIA

Os bens minerais são bens da União, conforme art. 20, da Carta Magna: “São bens da União: IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo”³. Assim, para o desempenho da ativi-

³ CF/1988;

dade minerária o empreendedor deverá buscar, mediante processo administrativo junto ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, órgão concedente, a emissão de licença ou autorização minerária, conforme as normas do Direito Mineário⁴.

Por expressa disposição constitucional:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

§ 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º - A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

Além de obter a concessão ou licenciamento mineral, estes empreendimentos deverão obter o prévio licenciamento ambiental, de atribuição do Poder Executivo, por expressa determinação constitucional, art. 225, § 1º⁵. Para atividade de mineração o constituinte disse mais, especificou que a atividade mi-

4 Decreto-Lei n. 227/1967 (Código de Minas); Lei 6.567/1978 (que dispõe sobre regime especial para exploração e o aproveitamento das substancias minerais).

5 § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

nerária fica submetida à solução técnica exigida pelo órgão ambiental competente, conforme §2^o. Como ensina Paulo de Besa Antunes⁷:

a partir da Constituição Federal de 1988, ficou implicitamente determinado que o licenciamento ambiental fosse realizado mediante a adoção de um **procedimento complexo**, no qual intervêm diversos atores, que são: a **administração pública**, a **equipe técnica multidisciplinar**, o postulante de licenciamento ou empreendedor e a população.

Também a Lei Federal n. 6.938, já em 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, determinava que as atividades potencialmente poluidoras ficam submetidas ao prévio licenciamento, pelo órgão ambiental competente, conforme art. 10⁸.

Para o desempenho destas atividades será necessária a licença ambiental, a ser emitida pelo órgão ambiental federal, estadual ou municipal, nos termos da Lei 6.938/81, em seu art, 9, IV⁹ e a “autorização” municipal para exercício da atividade minerária está dentre os documentos necessários à emissão da outorga do minério pela União e também é documento necessário para o licenciamento ambiental¹⁰.

⁶ § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo **órgão público competente**, na forma da lei.

⁷ Direito Ambiental, 5ª Ed. Ed Lumes Júris, Rio de Janeiro 2001, pg. 226.

⁸ Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental **dependerão de prévio licenciamento ambiental**. § 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente.

⁹ Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

¹⁰ Res. CONAMA 237/97 - Art. 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:§ 1º - No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a **certidão da Prefeitura Municipal**, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização

Assim, o licenciamento ambiental é atribuição inerente ao Poder Executivo, dessa forma conferir ao poder legislativo o licenciamento ambiental seria no mínimo afronta ao princípio da independência e autonomia dos Poderes. Assim é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 187 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. APROVAÇÃO PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. **VÍCIO MATERIAL**. AFRONTA AOS ARTIGOS 58, § 2º, E 225, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É inconstitucional preceito da Constituição do Estado do Espírito Santo que submete o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA - ao crivo de comissão permanente e específica da Assembléia Legislativa. 2. A concessão de autorização para desenvolvimento de atividade potencialmente danosa ao meio ambiente consubstancia ato do Poder de Polícia --- **ato da Administração Pública** --- entenda-se ato do Poder Executivo. 3. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional o trecho final do artigo § 3º do artigo 187 da Constituição do Estado do Espírito Santo. (ADI 1505, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2004, DJ 04-03-2005 PP-00010 EMENT VOL-02182-01 PP-00067 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 27-36 RDA n. 240, 2005, p. 298-303 RTJ VOL-00193-01 PP-00058)

Para regularização minerária, mediante licenciamento mineral, o DNPM exige a licença do Município, por força do art. 3º, parágrafo único da Lei Federal 6.567/78¹¹, que dispõe sobre

para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes.

¹¹ Art. 3º - O licenciamento depende da obtenção, pelo interessado, de licença específica, expedida pela autoridade administrativa local, no município de situação da jazida, e da efetivação do competente registro no Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM), do Ministério das Minas e Energia, mediante requerimento cujo processamento será disciplinado em portaria do Diretor-Geral desse órgão, a ser expedida no prazo de 60 (sessenta) dias da publicação desta Lei. Parágrafo Único - Tratando-se de aproveitamento de jazida situada em imóvel pertencente à pessoa jurídica de direito público, o licenciamento ficará sujeito ao prévio assentimento

regime especial para exploração e o aproveitamento das substâncias minerais. Assim a licença Municipal é um dos primeiros documentos obtidos pelo empreendedor na sua peregrinação administrativa.

Não raras vezes alguns municípios mesmo após a emissão destas licenças, promulgam Leis Municipais que vedam a extração mineral em todo o território municipal ou em locais específicos.

Cabe reforçar que a licença municipal é ato administrativo vinculado e definitivo e segundo Hely Lopes Meireles¹², “A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para sua obtenção, e, uma vez expedida, traz a presunção de definitividade” “a licença não se confunde com autorização”. No mesmo sentido é a doutrina em matéria administrativa de Diogenes Gasparini.¹³

Dessa forma, o Município fica vinculado, “sem a menor margem de liberdade. A Administração Pública edita-os sem qualquer avaliação subjetiva” “São atos vinculados: os que outorgam a licença para construir”¹⁴, devendo ele próprio, verificada a ilegalidade de seu ato, buscar a anulação.

Para alguns não haveria nenhum vício nos atos administrativos ou inconstitucionalidade das leis que restrinjam a atividade minerária, o que se enfrentará a seguir, e ainda que o controle do meio ambiente é dever do Estado vinculado ao poder de polícia de todos os entes federativos, invocando o art.225, paragrafo1º, III¹⁵, da Constituição Federal.

desta e, se for o caso, à audiência da autoridade federal sob cuja jurisdição se achar o imóvel, na forma da legislação específica.

12 Direito Administrativo Brasileiro, 1998, pg. 166.

13 Direito Administrativo. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pg 84.

14 GASPARINI, Diogenes Direito Administrativo. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pg 78.

15 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder

Importante destacar que o direito decorrente da concessão de lavra¹⁶, que não se confunde com o licenciamento minerário, possui contornos, que para vários doutrinadores, chega a ser a própria propriedade privada, como na doutrina de Willian Freire¹⁷

“Não é acordo nem contrato administrativo. Também não é realizado *intuitu personae*. É atividade econômica industrial e extrativa. (...) Com a publicação da Portaria, a União não delega a execução da lavra, mas cria um direito de lavra em favor do minerador. **A concessão de lavra, apesar de não gerar um domínio sobre a reserva mineral, outorga ao particular um direito sobre a jazida com os mesmos elementos da propriedade plena.** (...) A concessão de lavra cria ao minerador um direito real, perpétuo e especial sobre a jazida (...).”(grifei)

No entendimento de Alfred Ruy Barbosa, a concessão cria, a favor do ente privado, um direito público subjetivo relativamente a bens cuja apropriação é, em princípio, vedada ou está rigorosamente fixada em lei¹⁸. Segue o autor afirmando que:

A essência, pois, da concessão minerária é a garantia de que é possível apropriar-se dos recursos do subsolo, desde que na forma e sob as condições expressamente previstas em lei. **Essa garantia só pode ser afetada quando se encontrar comprometido o *interesse nacional* (CF, art. 176, §1º). Excluída esta hipótese, o concessionário pode usar, gozar e dispor livremente da concessão mineral, sem qualquer limitação ou obrigação além das previstas em lei.** (grifei)

Público: - III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

¹⁶ Código de Mineração, Decreto-Lei Nº 227, de 27/02/1967- Art. 2º - Os regimes de aproveitamento das substâncias minerais, para efeito deste Código são: I – regime de concessão, quando depender de portaria do Ministro do Estado de Minas e Energia. (...) Art. 43. A concessão de lavra terá por título uma portaria assinada pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

¹⁷ Comentários ao Código de Mineração. Atlas Editora, 1995, p. 102.

¹⁸ *Direito Minerário Aplicado*, coordenador Marcelo Gomes de Souza. Mandamentos Editora, p. 88.

A celeuma está justamente no fato que assim como Direito Ambiental o Direito Mineral também disciplina bens naturais e coletivos. A principal função do aproveitamento dos recursos minerais será a sua destinação ao uso geral, sendo secundária a função patrimonial do explorador. E em razão do bem mineral ser pertencente à União, conforme determinação expressa da Constituição Federal de 1988, o seu aproveitamento representa não só o cumprimento da função social deste bem como o próprio exercício da soberania da Nação, conforme apontou Silvia Helena Serra.¹⁹

Um empreendimento minerário se caracteriza em razão dos recursos minerais não serem bens renováveis; e ainda por haver:

exaustão das jazidas; rigidez locacional das ocorrências minerais, distribuição geográfica irregular dos depósitos minerais em relação às necessidades regionais, características únicas de quantidade e qualidade de jazida para jazida; incerteza na fase de exploração mineral; alto risco de investimento em decorrência da variabilidade dos atributos de interesse econômico longo prazo de maturação dos projetos; escalas de produção pouco flexíveis.²⁰

A mineração é considerada como atividade de utilidade pública em diversos diplomas legais. A Constituição Federal em seu art. 225, §2º, que determina a norma geral sobre mineração e meio ambiente:

Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo **órgão público competente**, na forma da lei. (grifo acrescentado)

Também o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que trata da desapropriação por utilidade pública, considera,

¹⁹ SERRA, Silvia Helena. Direitos minerários: formação, condicionamentos e extinção. São Paulo, Signus, 2000, p.18.

²⁰ Disponível em <http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00001076.pdf> às 20h de 10 de agosto de 2013;

expressamente, a mineração como sendo de utilidade pública, em seu art. 5º, “P”, como segue:

Consideram-se casos de utilidade pública: - o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica.

Até mesmo no seio do ambientalismo, como foi o caso da Conferência Rio + 10, realizada em 2002, em Johannesburgo, que refere em diversas partes de seu documento final que a mineração é considerada como uma atividade fundamental para o desenvolvimento econômico e social de muitos países, tendo em vista que os minerais são essenciais para a vida moderna.

A essencialidade dos minerais fica ainda evidenciada pelo fato de que não existem bens disponíveis no mercado que possam substituir os bens minerais.

Afora o mencionado, a atividade de mineração é um dos casos excepcionais, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente - APP, conforme preceito da Resolução 369, do Conama/2006²¹, evidenciando a imprescindibilidade dos bens minerais para a sociedade. Como segue:

Art. 2º O órgão ambiental competente somente **poderá autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em APP**, devidamente caracterizada e motivada mediante procedimento administrativo autônomo e prévio, e atendidos os requisitos previstos nesta resolução e noutras normas federais, estaduais e municipais aplicáveis, bem como no Plano Diretor, Zoneamento Ecológico-Econômico e Plano de Manejo das Unidades de Conservação, se existentes, nos seguintes casos:..- II - **interesse social:...** d) **as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente (grifei)**

Se o empreendimento minerário está devidamente regularizado junto a União, titular do bem, e junto ao órgão ambiental

integrante do SISNAMA, competente para o licenciamento ambiental, fora observado o princípio constitucional da precaução, que merece destaque, ainda que breve, no presente estudo. Vale citar Carvalho²²:

Por isso mesmo, podemos afirmar que, em regra, a primeira esfera para o **gerenciamento dos riscos ambientais consiste na administração pública**, que, por meio de seus órgãos ambientais componentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), tem condições de atuar na linha de frente para regulação do risco ambiental. E esse gerenciamento administrativo dos riscos ambientais se dá por meio de mecanismos e instrumentos, tais como as regulações administrativas, o licenciamento ambiental, autorizações administrativas

Ora, a formulação e aplicação de princípios são fundamentais para garantir a autonomia de um novo ramo do Direito, como é o caso do Direito Ambiental, especialmente frente aos princípios de Direito Administrativo e Mineral e o princípio da precaução é basilar em Direito Ambiental.

O principal significado de precaução para o Direito Ambiental traz a idéia de antecipar-se, chegar antes de uma ação que possa ser prejudicial ao meio ambiente e é em função deste relevante princípio jurídico que o processo administrativo de licenciamento ambiental é prévio, ou seja, antecipadamente o empreendedor realiza inúmeros estudos a fim de comprovar a possibilidade do desenvolvimento de uma atividade potencialmente nociva ao meio ambiente, conforme art. 225, §1º, IV e V e lição doutrinária de Fensterseifer.²³

Lembrando que para ingressar com o processo de licenciamento ambiental o empreendedor já realizou outros estudos que

²² CARVALHO, Déton Winter de. Legitimação e instâncias constitucionais para o gerenciamento dos riscos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro. In *Direito Constitucional*. Org. Wilson Steinmetz, Sérgio Augustin. Caxias do Sul/RS: Educus, 2011. p. 114.

²³ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, 80/81.

são apresentados ao DNPM a fim de obter o licenciamento mineral ou a concessão mineral, denominada pesquisa mineral:

Art. 14 Entende-se por pesquisa mineral a execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico.

§ 1º A pesquisa mineral compreende, entre outros, os seguintes trabalhos de campo e de laboratório: levantamentos geológicos pormenorizados da área a pesquisar, em escala conveniente, estudos dos afloramentos e suas correlações, levantamentos geofísicos e geoquímicos; aberturas de escavações visitáveis e execução de sondagens no corpo mineral; amostragens sistemáticas; análises físicas e químicas das amostras e dos testemunhos de sondagens; e ensaios de beneficiamento dos minérios ou das substâncias minerais úteis, para obtenção de concentrados de acordo com as especificações do mercado ou aproveitamento industrial.

§ 2º A definição da jazida resultará da coordenação, correlação e interpretação dos dados colhidos nos trabalhos executados, e conduzirá a uma medida das reservas e dos teores.

§ 3º A exequibilidade do aproveitamento econômico resultará da análise preliminar dos custos da produção, dos fretes e do mercado.²⁴

E ainda durante o efetivo desenvolvimento da atividade o empreendedor está obrigado a apresentar outros tantos estudos, como o monitoramento periódico das ocorrências ambientais significativas que possam colocar em risco o meio ambiente e está sujeito a freqüentes fiscalizações.

Impera destacar o princípio do desenvolvimento sustentável, que é aplicável ao presente estudo, haja vista a essencialidade dos bens minerais para efetivação deste princípio, pois os bens minerais são insubstituíveis e necessários para a construção de moradias, pavimentação de estradas, para o saneamento bási-

²⁴ Decreto-Lei n. 227/67 – Código de Mineração;

co e outras obras de infra-estrutura essenciais para o desenvolvimento humano.

O relevante princípio do desenvolvimento sustentável vai assim conceituado por Freitas²⁵:

independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos

Ao promulgar Leis Municipais que restrinjam o livre desempenho da atividade de extração mineral em todo o território municipal ou em locais específicos, o Município estaria interferindo, obstaculizando e tornando ineficaz título minerário concedido pela União, que é o ente titular na competência de legislar, outorgar e intervir, mas terá competência legislativa para tal?

2. DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SOBRE BENS MINERAIS E PROTEÇÃO AMBIENTAL

À União cabe a competência privativa para legislar sobre “jazidas, minas, outros recursos minerais”, nos termos do art. 22, XII, da Constituição Federal, e os bens minerais são bens da União, conforme art. 20, IX, da Carta Magna.

Conforme José Afonso da Silva há referência implícita ao meio ambiente quando no art. 22, XII a Constituição dá competência privativa à União para legislar sobre jazidas, minas e ou-

²⁵ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 40/41

tros recursos minerais, bem como o “art. 20 é rico em elementos ambientais implícitos quando define entre os bens da União ... os recursos minerais, inclusive os do subsolo (inciso IX)” 26

Para Moraes²⁷ “esta competência legislativa seria para regular os recursos minerais e seu aproveitamento” entendendo que “à competência material, a Carta Magna tenha-a conferido também aos outros níveis de Governo. (CF, art. 23, incisos III e XI e art. 24, incisos VI, VII e VIII.)”

Pela disposição do art. 24, da CF, “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição” assim o Município poderia legislar para proteger o meio ambiente.

E analisando os arts. 24²⁸ e 30, II²⁹ da CF, o Município teria alcançado, a competência concorrente e supletiva e por óbvio poderia restringir a atividade de mineração em prol de relevante interesse local e público.

Afinal, se não se pode afirmar que uma lei federal seja superior a uma estadual ou municipal, há que se ter presente a existência de uma hierarquia material, ou seja, os dispositivos

²⁶ SILVA, José Afonso da, **Direito Ambiental Constitucional**, 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

²⁷ MORAES, Sérgio Jacques de, Aspectos Jurídicos da pesquisa Mineral, in Direito Minerário aplicado/ Coordenador Marcelo Gomers de Souza – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 41.

²⁸ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre;

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

²⁹ Art. 30. Compete aos Municípios:

II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber;

federais são de maior intensidade e, por isso, prevalecem sobre todos os outros, porque a União o determinou originariamente, ao proceder a distribuição das competências³⁰.

Acreditam alguns que a temática concernente à (in)competência do Município para legislar em matéria ambiental já teria recebido acurada interpretação doutrinária e jurisprudencial não devendo mais se falar em inconstitucionalidade sob o aspecto formal, contudo em matéria mineraria há algumas peculiaridades, veja entendimento de Silvia Helena Serra:

Os Municípios, porém, têm competência para legislar sobre a política de desenvolvimento urbano, ordenando o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantindo o bem-estar de seus habitantes (art. 182, caput). Pode, então, um Município, alegando ordenação do uso e ocupação do solo, proibir a atividade mineira em sua circunscrição? Entendemos que sim, mas desde que a proibição seja delimitada e restrita à área a que visa ordenar. Jamais poderia um Município proibir a atividade mineira em todo o seu território, de forma genérica e sem delimitações. Além do mais, a proibição deve ser anterior à outorga do direito minerário. Se posterior, o minerador deve ser devidamente indenizado.

A posição doutrinariamente diversa é defendida por Willian Freire³¹, *verbis*:

Os Municípios não podem, em nenhuma hipótese, legislar sobre as matérias apontadas no art. 22 – águas, recursos minerais e atividades nucleares -, pois elas são atribuídas privativamente à União, com possibilidade de delegação apenas aos Estados.

Em razão disso, o Município não pode criar embaraços diretos ou indiretos à exploração da jazida, que é um bem domínial da União.(grifei)

³⁰ J. Cretella Jr. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Rio de Janeiro, Forense Universitária1990, vol. III, p. 1.446.

³¹ Direito Ambiental aplicado à Mineração. Editora Mineira, 2005, p. 123.

Nos termos do art. 22, inciso XII, da Constituição Federal *compete privativamente à União legislar sobre jazidas, minas, outros recursos minerais*. Sendo que o parágrafo único do artigo citado comina que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. Todavia, não há qualquer Lei Complementar autorizando os Estados, tampouco os Municípios, não possuindo estes, portanto, competência para legislar sobre mineração, a qual é **privativa** da União.

Uma norma é materialmente inconstitucional quando o seu conteúdo contraria dispositivo constitucional sobre o mesmo tema. Ocorre então um vício insanável de inconstitucionalidade, visto que não há como solucioná-lo sem o expurgo do texto conflitante do universo jurídico.

Ora se o Município não pode intrometer-se na organização administrativa do Estado, pois à ele não compete o Licenciamento Ambiental e tão pouco a Concessão ou o Licenciamento Mineral, não pode mediante lei, especialmente quando desprovida de justificada plausível restringir atividade regularmente autorizada pela União e pelo Estado.

A inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada discussão sobre os limites funcionais da jurisdição constitucional. A liberdade discricionária conferida ao legislador, devendo, inegavelmente ser auferida pelo Poder Judicial.

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins.

Há que se observar a exata finalidade da lei municipal, pois não deve ser válido o argumento da proteção/prevenção ambiental para restringir a atividade mineral e para outras atividades igualmente impactantes ser desconsiderada a necessária proibição do meio ambiente devendo ser observado o princípio da isonomia.

Vejamos entendimento do STF neste sentido:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. PROIBIÇÃO DE PLANTIO DE EUCALIPTO PARA FINS DE PRODUÇÃO DE CELULOSE. DISCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **AFRONTA AOS POSTULADOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE**. DIREITO DE PROPRIEDADE. TEMA DE DIREITO CIVIL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. 1. Vedação de plantio de eucalipto no Estado do Espírito Santo, exclusivamente quando destinado à produção de celulose. **Ausência de intenção de controle ambiental**. Discriminação entre os produtores rurais apenas em face da destinação final do produto da cultura, sem qualquer razão de ordem lógica para tanto. **Afronta ao princípio da isonomia**. 2. Direito de propriedade. Garantia constitucional. Restrição sem justo motivo. Desvirtuamento dos reais objetivos da função legislativa. Caracterizada a violação ao postulado da proporcionalidade. 3. Norma que regula direito de propriedade. Direito civil. **Competência privativa da União para legislar sobre o tema** (CF, artigo 22, I). Precedentes. Presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Pedido cautelar deferido. (ADI 2623 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 14-11-2003 PP-00011 EMENT VOL-02132-13 PP-02472)

Nesse sentido já decidiu o E. Tribunal de Justiça deste Estado, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. LICENÇA PARA EXTRACAO DE AREIA. A REGULAMENTACAO DA ATIVIDADE DE EXTRACAO DE JAZIDAS, MINAS E OUTROS RECURSOS MINERAIS E DE COMPETENCIA DA UNIAO FEDERAL. LEGISLACAO MUNICIPAL NAO PODE, EM CONSEQUENCIA, ALTERAR A LEI FEDERAL. SEGURANCA CONCEDIDA. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível N° 70001944289, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Perciano de Castilhos Bertoluci, Julgado em 24/05/2001).

Da mesma forma, já decidiu o STF pela concessão da segurança contra ato de governador de Estado que embarçava a lavra exigindo licença de localização da empresa em área de reserva, afirmando que “se a União concede autorização para a lavra, não cabe ao Estado, o qual não tem poderes para tanto, tolher, direta ou indiretamente, a execução dos respectivos trabalhos”.³²

Pode o Município legislar supletivamente sobre meio ambiente, desde que observe a legislação federal e estadual³³. Isso porque, no que tange às competências privativas, como é o caso dos recursos minerais relativamente à União, o termo “privativo” exprime a idéia de que a competência é própria de uma entidade, com a possibilidade, no entanto, de delegação ou de competência complementar³⁴. Contudo, essa delegação só se dará, de acordo com o parágrafo único do artigo 22, da Constituição Federal, mediante Lei Complementar, aos Estados e não aos Municípios, o que, até a presente data, não ocorreu, permanecendo, dessa forma, somente a União competente para legislar sobre recursos minerais.

Evidente que não se nega a competência comum dos entes federados para proteger o meio ambiente (art. 23, VI e VII, da CF), contudo há que se ter cautela quando se enfrenta a questão da competência para legislar sobre meio ambiente (art. 24, VI, VIII, da CF), analisando os §1º e §2º do mesmo art. 24, da Constituição Federal.

Suplemento é o que supre e no ensinamento do Prof. Paulo Affonso Leme Machado³⁵ Assim, “não se suplementa a Legislação que não exista. Portanto quando a competência da pessoa de direito público interno for somente suplementar a legislação de outro ente, se inexistirem normas, não existirá o poder suple-

³² RTJ 76/531.

³³ José Affonso da Silva. *Direito Ambiental Constitucional*. Malheiros. p. 53

³⁴ Fernanda Almeida. *Competências na Constituição de 1988*. Atlas, p. 79.

³⁵ In *A Competência Ambiental na Constituição Federal e Uma possível Lei Complementar*, Org. BRAGA FILHO, Edson de Oliveira e outros. *ADVOCACIA AMBIENTAL*. Segurança Jurídica para Empreender, Ed. Lumen Juris. 2009, pg.03.

tório. Não se suplementa uma regra jurídica simplesmente pela vontade de os Estados inovarem diante da legislação federal. A capacidade supletiva está condicionada à necessidade de aperfeiçoar a legislação federal”

Ora, se a própria Constituição em seu art.225, determina expressamente que àquele que explorar o recurso mineral fica condicionado as exigências do órgão ambiental competente, não se pode querer fazer interpretação diversa do que a Lei efetivamente diz, ou seja, cabe ao órgão competente regular esta atividade e exigir a forma de recuperação adequada.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, **de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente**, na forma da lei.

Pode se aceitar, que um pequeno município que sequer esteja habilitado ao Licenciamento Ambiental de Impacto Local, faça às vezes do órgão ambiental competente a que a Carta Magna faz referência?

Destaca-se a promulgação da Lei Complementar n. 140/2011, que fixa normas para o desempenho da cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981, nos termos do disposto no art. 23, incisos III, VI e VII do caput e parágrafo único da Constituição Federal, merecendo destaque alguns de seus artigos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício da competência comum a que se refere esta Lei Complementar:

I - proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo gestão descentralizada, democrática e eficiente;

II - garantir o equilíbrio do desenvolvimento socio-econômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais;

III - harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente;

IV - garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais.

Art. 5º O ente federativo poderá delegar, mediante convênio, a execução de ações administrativas a ele atribuídas nesta Lei Complementar, desde que o ente destinatário da delegação disponha de órgão ambiental capacitado a executar as ações administrativas a serem delegadas e de conselho de meio ambiente.;

Art. 6º As ações de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão ser desenvolvidas de modo a atingir os objetivos previstos no art. 3º e a garantir o desenvolvimento sustentável, harmonizando e integrando todas as políticas governamentais.

Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.

§ 1º Os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental.

Mas se o entendimento majoritário for no sentido de que o Município possa legislar sobre bens minerais, especialmente se o desempenho da atividade estiver autorizadas pelos três níveis da Administração, há que ter sempre presente o disposto na Carta Magna, pois evidente que a Lei Municipal estará privando a União e o empreendedor do livre uso de seus bens, em contrariedade ao Direito Fundamental, do devido processo legal, ins-

culpido no art. 5º, LIV, da CF/88, cabendo indenização pelos prejuízos havidos.

Em julgamento Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi confirmada a decisão de primeira instância, restando assim decidido:

MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. Considerando que a autora obteve licença regular junto ao órgãos competentes para explorar a substância mineral areia e cascalho em terrenos de Marinha, no lugar denominado leito do rio Pardo, **inclusive chancelado pela municipalidade, constitui ato abusivo suspender a exploração mineral por força de lei superveniente** que não alcança o ato jurídico perfeito. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (RELATORA DESA ANA MARIA NEDEL SCALZILLI. TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 1. CAMARA ESPECIAL CIVEL . CIRCULACAO NE 540 DJ 2162 31/7/2001)

Sendo admitida a competência legislativa do Município para restringir a atividade de extração, caberá a ele indenizar pela impossibilidade de usufruir do produto desta exploração. O STF já manifestou-se neste sentido decidindo que a propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada e que o art. 176, da CF/88 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração.³⁶

36 EMENTA: CONSTITUCIONAL. MONOPÓLIO. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO. PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. BENS DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 20, DA CB/88. MONOPÓLIO DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO, DO GÁS NATURAL E DE OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. ART. 177, I a IV e §§ 1º e 2º, DA CB/88. REGIME DE MONOPÓLIO ESPECÍFICO EM RELAÇÃO AO ART. 176 DA CONSTITUIÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE AS PROPRIEDADES A QUE RESPEITAM OS ARTS. 177 E 176, DA CB/88. PETROBRAS. SUJEIÇÃO AO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PRIVADAS [ART. 173, § 1º, II, DA CB/88]. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ART. 26, § 3º, DA LEI N. 9.478/97. MATÉRIA DE LEI FEDERAL. ART. 60, CAPUT, DA LEI N. 9.478/97. CONSTITUCIONALIDADE. COMERCIALIZAÇÃO ADMINISTRADA POR AUTARQUIA FEDERAL [ANP]. EX-

PORTAÇÃO AUTORIZADA SOMENTE SE OBSERVADAS AS POLÍTICAS DO CNPE, APROVADAS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA [ART. 84, II, DA CB/88].

1. O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões "monopólio da propriedade" ou "monopólio do bem". 2. Os monopólios legais dividem-se em duas espécies: (i) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento --- a propriedade industrial, monopólio privado; e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia. 3. A Constituição do Brasil enumera atividades que consubstanciam monopólio da União [art. 177] e os bens que são de sua exclusiva propriedade [art. 20]. 4. A existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica [enquanto atividade empresarial] prescinde da propriedade dos bens de produção. 5. A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos --- distintos regimes --- aplicáveis a cada um deles. 6. A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio [art. 177 da CB/88]. 7. A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. 8. **A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada.** 9. **Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração.** 10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. 11. A EC 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. 12. Os preceitos veiculados pelos § 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de "concessionárias". Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil. 13. A propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena, mas relativa; sua comercialização é administrada pela União mediante a atuação de uma autarquia, a Agência Nacional do Petróleo - ANP. 14. A Petrobras não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas [§ 1º, II, do art. 173 da CB/88]. Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios [art. 37, XXI, da CB/88], as contratações previstas no § 1º do art. 177 da Constituição do Brasil. 15. O art. 26, § 3º, da Lei n. 9.478/97, dá regulação ao chamado silêncio da

CONCLUSÃO

A partir do pressuposto do prévio consentimento de todos os entes federados para o desenvolvimento de uma jazida mineral, possuindo ela todas as autorizações e licenças para o desempenho da atividade, quando sobrevier uma lei municipal que restrinja a atividade regularmente autorizada, a situação requer uma análise mais atenta sobre a competência do Município para assim legislar.

O empreendimento mineiro deve buscar junto ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM a concessão do título minerário e paralelamente são encaminhados procedimentos administrativos necessários para obtenção do licenciamento ambiental, de competência exclusiva do poder executivo, conforme legislações apontadas do presente estudo, restando este explorador obrigado a recuperar o meio ambiente por expressa determinação constitucional, conforme exigido pelo órgão ambiental competente.

A essencialidade dos bens minerais e a sua aplicação direta na obtenção do desenvolvimento sustentável são inquestionáveis, e sua utilização assegura igualmente a soberania nacional, não por outra razão que a competência legislativa sobre bens minerais é da União, titular do bem, em que pese haja definição

Administração. Matéria infraconstitucional, sem ofensa direta à Constituição. 16. Os preceitos dos arts. 28, I e III; 43, parágrafo único; e 51, parágrafo único, da Lei n. 9.478/98 são próprios às contratações de que se cuida, admitidas expressamente pelo § 2º do art. 177 da CB. 17. A opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não cabe ao Poder Judiciário: este não pode se imiscuir em decisões de caráter político. 18. Não há falar-se em inconstitucionalidade do art. 60, caput, da Lei n. 9.478/97. O preceito exige, para a exportação do produto da exploração da atividade petrolífera, seja atendido o disposto no art. 4º da Lei n. 8.176/91, observadas as políticas aprovadas pelo Presidente da República, propostas pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE [art. 84, II, da CB/88]. 19. Ação direta julgada improcedente. (ADI 3273, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2005, DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102)

de competências distribuídas entre todos os entes federados para efetivar a imprescindível proteção ambiental, compartilhasse do entendimento que em matéria minerária há restrição ao ente Municipal.

Sendo necessária uma análise profunda sobre a finalidade da lei, com controle de possível excesso de poder legislativo, e a observância do princípio da razoabilidade, sob pena das populações carecerem do abastecimento deste importante insumo indispensável para consecução do princípio da dignidade da pessoa humana, pois a aplicação destes bens minerais, especialmente os minerais agregados para a construção civil, estão diretamente vinculados ao atendimento de necessidades básicas do ser humano, como saneamento básico, habitação e todas as obras de infra-estrutura que ainda carecem.

Contudo verificada a impossibilidade de manutenção do empreendimento mineiro deve-se ater a necessária indenização pela impossibilidade do explorador usufruir do produto da lavra, por expressa ordem da Carta Magna, sendo salutar que os entes municipais efetuem planejamento minerário evitando, com isso o risco de abastecimento próprio e prejuízos não calculados.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernanda. Competências na Constituição de 1988. 2ª edição. Atlas: São Paulo. 2000.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, 5ª Ed. Ed Lumes Júris, Rio de Janeiro 2001.

BERCOVICI, Gilberto. Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais. São Paulo: Quartier Latin. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 4ª ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina. 1997.

CARVALHO, Délton Winter de. Legitimação e instâncias constitucionais para o gerenciamento dos riscos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro. Direito Constitucional do Am-

biente. Org. STEINMETZ, Wilson e AUGUSTIN, Sérgio. Caixias do Sul/RS: Educs, 2011.

FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FIORILLO. Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREIRE, William. Comentários ao Código de Mineração. Rio de Janeiro: Aide. 1996.

FREIRE, William. Direito Ambiental aplicado à Mineração. Editora Mineira. 2005.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

JOSÉ, Cretella Jr. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1990.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. A Competência Ambiental na Constituição Federal e Uma possível Lei Complementar, Org. BRAGA FILHO, Edson de Oliveira e outros. ADVOCACIA AMBIENTAL. Segurança Jurídica para Empreender, Ed. Lumen Juris. 2009.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Sérgio Jacques de, Aspectos Jurídicos da pesquisa Mineral, in Direito Minerário aplicado. Coord. SOUZA, Marcelo Gomes de – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental (estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da, Direito Ambiental Constitucional, 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SERRA, Silvia Helena. Direitos minerários: formação, condicionamentos e extinção. São Paulo, Signus, 2000.

SOUZA, Marcelo Gomes de. Direito Minerário Aplicado, Mandamentos Editora. 2003;

TANNÚS, Marcos Bartasson; CARMO, João César Cardoso do. (Org.). Agregados para a construção civil no Brasil: contribuições para formulação de políticas públicas. Belo Horizonte: CETEC, 2007.

EL CONTROL DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE ESPECIES AMENAZADAS

José María Rama Serrano¹

Introducción al Convenio CITES

Actualmente el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora se encuentra regulado a nivel mundial por el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), hecho en Washington el 3 de marzo de 1973.

El objetivo de este Convenio es que los países que forman parte del mismo puedan controlar las importaciones o exportaciones de animales y plantas de origen silvestre para poder asegurar la supervivencia de las especies que están más amenazadas o en riesgo de estarlo, dado que si no se controla su comercio, algunas de estas especies correrían el riesgo de extinguirse y desaparecer.

Antes del Convenio CITES (en adelante, el Convenio) el comercio de especies silvestres no estaba regulado, y el tráfico de especímenes de especies silvestres aumentaba año tras año, convirtiéndose en una actividad muy lucrativa debido a su

¹ Capitán de la Guardia Civil, adscrito a la Comandancia de Sevilla, Diplomado en Protección de la Naturaleza por la Escuela de Investigación Policial de la Dirección General de la Guardia Civil.

gran demanda, no sólo de animales y plantas, sino también sus partes y derivados como pieles, colmillos, plumas, maderas, etc. Este comercio desmedido hizo que comenzaran a disminuir las poblaciones de muchas especies, tanto por la pérdida de los hábitats, como por el aumento de asentamientos humanos.

Fue la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, una organización medioambiental a nivel mundial formada por Estados, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, científicos y expertos, la que en 1963, propuso que se regulara la importación, exportación o tránsito de especies amenazadas, y de sus pieles y trofeos.

Una década después, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo (Suecia) en junio de 1972, a la que asistieron 113 países, se debatió por primera vez la problemática del medio ambiente y su importancia para los seres humanos y para todos los seres vivos en general. De esta Conferencia salió la denominada “Declaración de Estocolmo”, donde se proclamaron 106 Recomendaciones y 24 Principios a seguir para la protección y conservación del Medio Ambiente. Entre ellos, transcribo el Principio 4, relacionado con la protección de la flora y fauna, que dice así:

“El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y la fauna silvestre y su hábitat, que se encuentren actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos.

En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y fauna silvestres.”

Poco tiempo después, el 3 de marzo de 1973, en una reunión de representantes de 80 países celebrada en Washington (EEUU), se firma en el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES). España se adhirió al mismo en mayo de 1986 y actualmente son 173 los Estados miembros, denominados ‘Estados Partes’.

Organización del Convenio

El Convenio tiene dos órganos de dirección:

La Conferencia de las Partes: Está formada por todos los países firmantes del Convenio y se reúne una vez cada dos o tres años en sesión ordinaria. También puede reunirse de forma extraordinaria siempre que lo solicite, al menos, un tercio de las Partes. Cuenta también con la asistencia de una serie de Comités, tales como el Comité Permanente, el Comité de Fauna, el Comité de Flora, el Comité de Nomenclatura y el Comité del Manual de Identificación.

La Secretaría del Convenio: Con sede en Ginebra (Suiza), la Secretaría realiza el intercambio de información entre las Partes, así como con otras autoridades y organizaciones.

Especies incluidas en el Convenio

El Convenio incluye a más de 33.000 especies y subespecies recogidas en tres Apéndices que se revisan periódicamente por la Conferencia de las Partes. Del total de especies, unas 28.000 son de flora (85%) y 5.000 son de fauna (15%), 320 mamíferos, 167 aves, 81 reptiles, 17 anfibios, 15 peces y 69 invertebrados.

Apéndice I: Incluye las especies de animales y de plantas que están en peligro de extinción. El comercio de estas especies está prohibido y sólo se autoriza en circunstancias excepcionales.

Apéndice II: Incluye las especies que, sin bien en la actualidad no se encuentran en peligro de extinción, su comercio debe ser controlado a fin de evitar una utilización incompatible con su supervivencia.

Apéndice III: Incluye las especies que están protegidas al menos en un país Parte, el cual ha solicitado la colaboración de otros países para controlar su comercio.

Aplicación del Convenio en la Unión Europea

La Unión Europea (en adelante, UE) ha desarrollado sus propios Reglamentos para una aplicación más estricta del Convenio. Así tenemos el Reglamento (CE) n° 338/1997, del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, cuyo objetivo es proteger las especies de la fauna y flora silvestres y asegurar su conservación mediante el control de su comercio.

En este Reglamento (CE) n° 338/1997 (en adelante, el Reglamento), se establecen cuatro Anexos (A, B, C y D):

Anexo A: Incluye las especies enumeradas en el Apéndice I del Convenio en relación con las cuales los Estados miembros no hayan presentado ninguna reserva; y también a toda especie:

Que tenga demanda en la Comunidad o para el comercio internacional, y que esté amenazada de extinción o sea tan rara que su comercio pondría en peligro la supervivencia de la especie; o

Que pertenezca a un género cuya mayoría de especies, o subespecies estén enumeradas en el Anexo A y cuya inclusión en este anexo sea esencial para la protección eficaz de estos taxones.

Anexo B: Incluye las especies enumeradas en el Apéndice II del Convenio, que no figuren en el Anexo A, en relación con las cuales, los Estados miembros no hayan presentado ninguna reserva; y también las siguientes especies:

Las enumeradas en el Apéndice I del Convenio y, en relación con las cuales, se haya presentado una reserva.

Cualquier otra no enumerada en los Apéndices I o II del Convenio que interese proteger.

Anexo C: Incluye las especies enumeradas en el Apéndice III del Convenio que no figuren en los Anexos A y B, en relación con las cuales los Estados miembros no hayan presentado ninguna reserva; y además las especies enumeradas en el Apén-

dice II del Convenio, en relación con las cuales, se haya presentado una reserva.

Anexo D: Incluye a las especies que no estén incluidas en los Anexos A a C y, en relación con las cuales, la importancia del volumen de las importaciones comunitarias justifique una vigilancia; y también las especies que figuran en el Apéndice III del Convenio en relación con las cuales se haya presentado una reserva.

Los tres primeros anexos del Reglamento equivalen a los apéndices del Convenio, con algunas diferencias:

El Anexo A contiene también algunas especies que están incluidas en los Apéndices II y III. El Anexo B contiene también algunas especies que están incluidas en el Apéndice III y otras que no están incluidas en ningún Apéndice, a las que se ha considerado proteger por diversos motivos.

Algunos ejemplos de las especies de fauna más emblemáticas de nuestro país que se encuentran catalogadas como 'especies en peligro de extinción', y que están incluidas en el Anexo A del Reglamento son: lince ibérico, oso pardo, águila imperial ibérica, quebrantahuesos, halcón peregrino, foca monje, porrón pardo, tortuga mediterránea, etc.

Autoridades administrativas y científicas encargadas del cumplimiento del Convenio

Según se establece en el artículo IX del Convenio, y a efectos del cumplimiento del mismo, cada Estado Parte debe designar una o más autoridades administrativas y una o más autoridades científicas.

Las autoridades administrativas se encargan principalmente de las comunicaciones con la Secretaría CITES y otros países Partes y además son las que conceden los permisos y certificados conforme a lo dispuesto en la Convención.

Las autoridades científicas se encargan de asesorar a las autoridades administrativas en distintos aspectos de aplicación del Convenio, tales como sobre exportación de especímenes, perjuicio para el medio silvestre, cupos de exportación, cría en cautividad, reproducción artificial, etc.

En España se han designado las siguientes autoridades:

Autoridad Administrativa CITES y órgano de gestión principal: La Secretaría de Estado de Comercio, perteneciente al Ministerio de Economía y Competitividad, cuyas principales funciones son:

Representar oficialmente a España ante otros países Parte así como ante la Secretaría del Convenio.

Representar a España ante el Comité que asiste a la Comisión europea.

Tramitar y autorizar, si procede, las solicitudes de importación, exportación o reexportación que se presentan, así como desarrollar las actuaciones de control e inspección que correspondan.

Elaborar los informes sobre el comercio exterior de especímenes de especies incluidas en los anexos del Reglamento.

Autoridad Administrativa CITES y órgano de gestión adicional: Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, perteneciente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con las siguientes funciones:

Exigir la documentación necesaria para la importación o reexportación de las mercancías.

Diligenciar los documentos para su despacho aduanero.

Comprobar la documentación y, cuando proceda, realizar las inspecciones correspondientes.

Incoar los expedientes por supuestas infracciones administrativas al Convenio o a los Reglamentos comunitarios, y resolverlos, imponiendo las sanciones previstas y decretando el decomiso o, en su caso, trasladar la denuncia a las autoridades judiciales en caso de apreciarse la supuesta comisión de un delito.

Autoridad Científica CITES: La Dirección General de Medio Natural y Política Forestal, perteneciente al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, que realiza funciones tales como:

Asegurar la conservación de las especies en su hábitat natural en relación con las solicitudes de importación de especímenes de especies incluidas en los Anexos A o B del Reglamento y solicitudes de reexportación de especímenes de especies incluidas en los Anexos A, B o C del mismo.

Verificar las condiciones que deben reunir las instalaciones para albergar animales vivos de especies incluidas en el Anexo A del Reglamento, en relación con las solicitudes de importación o de movimientos dentro de la UE a determinados alojamientos.

Comprobar las características de las instalaciones en relación con el traslado definitivo de un espécimen decomisado y también con las instalaciones para la cría en cautividad o para la reproducción artificial.

Identificación de los especímenes, a petición de la Autoridad o sus Agentes.

Colaborar con los Comités de Flora y de Fauna del Convenio.

Asesorar sobre los cupos anuales para la exportación.

Asesoramiento sobre la realización de propuestas para la modificación de los anexos y de recomendaciones a la autoridad administrativa.

Documentos CITES que se usan en la Unión Europea

Los modelos oficiales de documentos que se usan en el ámbito de la UE, y que amparan la importación, exportación, transporte, tenencia, etc., de especímenes incluidos en el Convenio se encuentran regulados los anexos del Reglamento (CE) nº 865/2006, de la Comisión, de 4 de mayo de 2006. Entre estos documentos cabe destacar los siguientes:

Permisos y Certificados para importación, exportación y re-exportación: Son necesarios para realizar las operaciones de comercio en la UE cuando se trate de especímenes de especies incluidas en los Anexos A o B del Reglamento.

Notificaciones de importación: Son los documentos que debe presentar el importador (o su representante) en el momento de la importación cuando se trate de especímenes de especies incluidas en los Anexos C y D del Reglamento.

Certificados de exhibición itinerante: Estos certificados permitendocumentar a un circo u otro tipo de exhibición itinerante para trasladarse por varios países durante tres años consecutivos sin necesidad de obtener un permiso de importación, o de exportación cada vez que entre o salga del territorio de la UE.

Certificados de propiedad privada: Estos certificados permiten a documentar a un particular para trasladarse por varios países durante tres años consecutivos con su mascota sin necesidad de obtener un permiso de importación cada vez que entre en la UE, o un permiso de exportación cada vez que salga de ella.

Otros Certificados válidos para la UE: Se pueden obtener certificados válidos únicamente para transacciones dentro de la UE, para documentar determinadas excepciones contenidas en el Reglamento, tales como:

Certificado para demostrar que los especímenes del Anexo A o B que van a ser exportados o reexportados, fueron importados de conformidad.

Certificado para autorizar el traslado de especímenes vivos de especies del Anexo A del Reglamento.

Certificado para especímenes adquiridos o introducidos antes de que el Convenio o los Reglamentos de la UE les fueran aplicables.

Certificado para otras excepciones contenidas en el Reglamento.

Para el comercio autorizado de los especímenes incluidos en el Anexo A del Reglamento es necesario un permiso de importación, un permiso de exportación o un certificado de reexportación. El permiso de exportación sólo se expide si el espécimen

cimen ha sido obtenido legalmente, y para emitir el certificado de reexportación se requiere que haya sido importado previamente con arreglo a lo dispuesto en la Convención.

Para el comercio de los especímenes incluidos en el Anexo B del Reglamento es necesario un permiso de exportación o un certificado de reexportación. En el caso de especímenes vivos de animales o plantas, se requiere que sean transportados de forma que se garantice su seguridad y su bienestar animal. Para este Apéndice no se requiere un permiso de importación.

Para el comercio de los especímenes del Anexo C del Reglamento se requiere un permiso de exportación y un certificado del Estado de origen. Para la reexportación se requiere un certificado de reexportación.

La introducción en la UE de especímenes de las especies enumeradas en el Anexo D del Reglamento estará sujeta a las verificaciones necesarias y se requiere la presentación de una notificación de importación.

Importación y exportación de artículos personales y enseres domésticos de especies CITES en la Unión Europea

La importación o la exportación en la UE de artículos personales y enseres domésticos de especies que estén incluidas en los Anexos A del Reglamento por parte de las personas residentes, requiere la obtención de los correspondientes permisos. Están exentos de presentar los permisos y certificados cuando se trate de efectos personales y enseres domésticos incluidos en el Anexo B.

Tampoco se exigirán permisos de importación o exportación para las siguientes especies y cantidades:

Caviar de especies de esturión (*Acipenseriformes* spp.), hasta un máximo de 250 gramos por persona.

Palos de lluvia (*Cactaceae* spp.), hasta tres por persona.

Especímenes elaborados muertos de cocodrilidos (*Crocodylia* spp.) (con excepción de la carne y los trofeos de caza), hasta cuatro por persona.

Caracolas de conchas reina (*Strombus gigas*), hasta tres por persona.

La amenaza de las especies exóticas invasoras en el medio natural

Por especie exótica invasora se entiende aquella que se introduce o establece en un ecosistema o hábitat natural o seminatural, y que es un agente de cambio y amenaza para la diversidad biológica nativa, ya sea por su comportamiento invasor, o por el riesgo de contaminación genética.

En el Reglamento se contempla la posibilidad de prohibir la entrada en la UE de especies exóticas invasoras, cuya introducción en el medio ambiente natural pueda constituir una amenaza ecológica para las especies silvestres autóctonas. Para ello, remite a la promulgación de un nuevo Reglamento europeo de Ejecución, el cual se va modificando y adaptando periódicamente según avanzan los conocimientos científicos sobre las especies. Así, el que actualmente se encuentra en vigor es el Reglamento de Ejecución (UE) n° 578/2013, de la Comisión, de 17 de junio de 2013, por el que se suspende la introducción en la Unión de especímenes de determinadas especies de fauna y flora silvestres, que en su único Anexo incluye los especímenes de especies incluidas en los anexos A y B del Reglamento (CE) n° 338/97 cuya introducción en la Unión queda suspendida.

No obstante, ya en la legislación española, desde el año 1995 se encuentra tipificado como delito en el código penal la introducción o liberación no autorizada de especies alóctonas que puedan ser perjudiciales para el equilibrio biológico.

Asimismo, la ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, estableció también la prohibi-

ción de introducción de especies, subespecies o razas geográficas alóctonas, cuando fueran susceptibles de competir con las especies silvestres autóctonas, alterar su pureza genética o los equilibrios ecológicos. Además se creó un catálogo de especies exóticas invasoras, que fue desarrollado por un real decreto del año 2011 ya derogado.

Actualmente la norma que regula el Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras es el real decreto 630/2013, de 2 de agosto, en el que se han incluido todas aquellas especies de las que existe información de que constituyen una amenaza grave para las especies autóctonas, los hábitats o los ecosistemas, la agronomía o para los recursos económicos asociados al uso del patrimonio natural.

En esta norma se prohíbe la posesión, transporte, tráfico y comercio de ejemplares tanto vivos como muertos, de sus restos o propágulos, incluyendo el comercio exterior, de las especies incluidas en este catálogo. La prohibición está limitada al ámbito específico de aplicación para cada especie que se define en el anexo de la disposición.

Los propietarios de animales incluidos en el catálogo cuya posesión sea anterior a la entrada en vigor del real decreto (antes de mes de agosto de 2013), podrán mantenerlos, si bien deberán informar de su posesión en el plazo de un año a la Administración competente. Además, están obligados a esterilizarlos e identificarlos individualmente o, alternativamente, entregarlos de forma voluntaria a la Administración, a través de los establecimientos de venta de animales de compañía o domésticos, o de los núcleos zoológicos debidamente constituidos y reconocidos.

Los propietarios de especies vegetales que estén incluidas en el catálogo y que también hayan sido adquiridas con anterioridad a la norma, podrán mantenerlas siempre que adopten todas las medidas de prevención adecuadas para que no se propaguen al medio natural o seminatural y no podrán reproducir ni ceder los ejemplares. Esta obligación también afecta a los propietarios de parques urbanos, jardines públicos o jardines botánicos, y las Administraciones competentes propietarias de di-

chos parques o jardines procederán de forma progresiva, en los casos en que esté justificado, a eliminar estas especies exóticas invasoras, especialmente las ubicadas en el dominio público hidráulico.

El incumplimiento de las prohibiciones y limitaciones a este real decreto se sanciona conforme al régimen sancionador de la ley 42/2007, o bien, en los previstos en otras leyes relacionadas con esta materia.

El delito y la infracción al Convenio CITES en la ley de contrabando

Los países que forman parte del Convenio tienen que promulgar su legislación propia para poder sancionar las conductas que infrinjan el mismo, dado que el Convenio por sí solo no tiene carácter sancionador. Asimismo, aunque el Reglamento europeo que lo desarrolla es directamente aplicable en cada Estado miembro, también carece de poder sancionador. Por ello, en España se tipifican estas infracciones y sus respectivas sanciones en la ley orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, modificada por la ley orgánica 6/2011, de 30 de junio.

Esta ley orgánica tipifica como delito, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen los siguientes hechos:

“Art. 2.2...b) Realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de... Especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, o en el Reglamento (CE) nº 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, sin cumplir los requisitos legalmente establecidos.”

Este delito está castigado con pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos.

Cuando el valor de los géneros sea inferior a la citada cantidad, el hecho se considera una infracción de contrabando, tipificada en el artículo 11.1 de la citada ley orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, sancionándose con una multa proporcional al valor de los bienes o géneros objeto de la infracción que va desde el 200% hasta el 350%, en función también de si se trata de una infracción leve, grave o muy grave, siendo el importe mínimo de la multa, de 1000 euros.

En todo caso, tanto si se trata de un delito, como si se trata de una infracción administrativa de contrabando, la pena o sanción que se imponga llevará consigo el comiso de los géneros, efectos o mercancías que constituyan el objeto de la infracción, así como los instrumentos o maquinaria empleados para cometerla, los cuales quedarán intervenidos y puestos a disposición de la Autoridad judicial en caso de delito, o a disposición del Administrador de Aduanas e Impuestos Especiales en caso de infracción administrativa.

Los delitos contra la flora y fauna amenazadas en el Código Penal

Asimismo, el código penal en su título XVI (de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente), establece los siguientes ilícitos penales, en relación con las especies amenazadas:

Art. 333. El que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que perjudique el equilibrio biológico, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

Art.334.1. El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, o destruya o altere gravemente su hábitat, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, o comercie o trafique con ellas o con sus restos, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años.

Art.334.2. La pena se impondrá en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción.

Art.336. El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de uno a tres años. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior.

También establece el código penal el comiso de los géneros y efectos del delito en los siguientes términos:

Art.127.1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

Actuaciones de control e inspección por parte de las Autoridades de observancia del Convenio

Se estima que el comercio de animales a nivel mundial mueve miles de millones de dólares al año. El comercio legal está controlado por las Autoridades de los países de exportación y de importación. Pero con independencia del comercio legal de especies del CITES, existe otro comercio clandestino de ‘tráfico ilegal de especies protegidas’, que se realiza por parte de personas o grupos organizados, de manera similar a como se hace con el tráfico de drogas, esto es, usando dobles fondos, mezclándolos con otras mercancías, falsificando documentos, etc., todo ello con vistas a atender a ese ‘mercado negro’ en el que se llegan a pagar cantidades exageradas por algunos especímenes silvestres de fauna exótica, como reptiles, loros, guacamayos, boas, pitones, primates, etc. Sin embargo, los cazadores locales venden estos animales por una cantidad insignificante si la comparamos con el precio de venta que obtiene el que trafica con ellos, que puede multiplicarse por 20 o incluso por 100 en algunos casos. Otro dato es que menos del 25% de los animales llegan vivos a su destino, es decir, que la gran mayoría mueren durante el transporte.

Por ello, es importante que en cada uno de los países Partes del Convenio se inspeccionen y se controlen tanto las expediciones de entrada y salida de animales hacia otros países, en cuanto a permisos y certificados correspondientes, condiciones del transporte, etc., así como también se lleven a cabo actuaciones de control a viajeros que puedan traer consigo en su equipaje algunos especímenes de fauna o flora amenazada y que intenten importarlos o exportarlos ilegalmente.

En el primero de los casos, esto es, para el despacho aduanero de las importaciones y exportaciones de especímenes del Convenio, se tiene que realizar obligatoriamente por los denominados ‘Centros de Asistencia Técnica e Inspección del Comercio Exterior’ (CATICE), dependientes de la Secretaría de

Estado de Comercio. Por resolución de 5 mayo de 1998, de la Dirección General de Comercio Exterior, se habilitaron los Centros de Asistencia Técnica e Inspección de Comercio Exterior (CATICE) de Algeciras, Alicante, Barcelona, Bilbao, La Coruña, Las Palmas de Gran Canaria, Madrid, Málaga, Mallorca, Santa Cruz de Tenerife y Sevilla, para la emisión de los permisos y certificados contemplados en el Reglamento (CE) nº 865/2006, así como para la realización de los controles e inspecciones previas al despacho aduanero de las importaciones y exportaciones de los distintos especímenes de animales y plantas incluidos en el CITES. Adscritos a estos Centros, se encuentran los inspectores que forman parte del Servicio Oficial de Inspección, Vigilancia y Regulación de las Exportaciones (SOIVRE), y son los que llevan a cabo las funciones de inspección y control de las partidas que son objeto de comercio internacional.

En cuanto al segundo de los casos, esto es, para efectuar el control de las personas que llegan con su equipaje a cualquiera de los puestos fronterizos de entrada a España, se encuentran los agentes de la Guardia Civil que prestan servicio en estos puntos, así como también los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera. La forma habitual de un viajero de introducir en el país pequeños especímenes tales como tortugas, loros, reptiles, etc., es que los lleve ocultos en su equipaje, o incluso en sus ropas, para intentar pasarlos por el puesto de control sin declararlos, ya que al haberse obtenido de forma ilícita, carecen de la documentación que ampare su tenencia y procedencia.

Cuando por parte de las Autoridades de observancia se detectan estas infracciones, se procede a la incautación de los animales para su traslado al centro de rescate más próximo, y se formula la correspondiente acta-denuncia por infracción administrativa de Contrabando.

Otra forma de contrabando de especies del CITES, que se controla específicamente por los Agentes de la Guardia Civil del Servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA), se descubre con motivo de inspecciones y operaciones de control de los especímenes ya en poder de su dueño o tenedor, en instalacio-

nes como zoológicos, circos ambulantes y las exposiciones de animales en ferias, mercados, etc., ya que la tenencia de este tipo de animales incluidos en el Convenio (tigres, leones, elefantes, jirafas, monos, serpientes, etc.), está sujeta a la obtención de los correspondientes documentos CITES, a tener unas instalaciones adecuadas a cada especie, atención veterinaria y estar en buenas condiciones higiénico-sanitarias. La carencia de estos documentos puede ser constitutiva de una infracción administrativa o incluso un delito, dependiendo de la valoración de los mismos.

Otras infracciones que con frecuencia se denuncian por el SEPRONA de la Guardia Civil, son las siguientes:

Comerciar con especímenes incluidas en el Anexo A del Reglamento.

No tener identificado el espécimen conforme a lo especificado en el Reglamento.

El uso de un espécimen del Convenio para un fin que no está autorizado.

No dar cuenta a la autoridad administrativa del traslado de un espécimen desde un punto a otro.

No dar cuenta a la autoridad administrativa del fallecimiento de un espécimen.

No dar cuenta a la autoridad administrativa del nacimiento de un espécimen.

Carecer de autorización las instalaciones donde se encuentran los animales.

Tenencia de los animales en malas condiciones higiénico-sanitarias.

Falsedades documentales en los documentos CITES (permisos y certificados), por alteración de los mismos, o bien suplantando un espécimen obtenido ilegalmente por otro de la misma especie que ha fallecido.

Destino que se da a los especímenes intervenidos y decomisados

Los especímenes de animales y/o plantas que se aprehenden o intervienen por contravenir lo dispuesto en la normativa del Convenio se deben depositar para su alojamiento, cuidado y bienestar, en un centro de rescate o establecimiento habilitado para su custodia, que es el lugar, centro o institución, pública o privada, que haya designado la autoridad administrativa de gestión principal (la Secretaría de Estado de Comercio), salvo que decida dejarlo excepcionalmente y de manera provisional en poder del presunto infractor.

El depósito se formaliza mediante un documento de naturaleza pública y valor probatorio. Normalmente se extiende un acta donde se hace constar los datos del presunto infractor, la identificación del espécimen, el carácter gratuito del depósito y las obligaciones y responsabilidad del depositario, acompañando a dicho documento la copia de la diligencia de aprehensión formalizada por los agentes de la autoridad que hubieran intervenido.

Los especímenes definitivamente decomisados por sentencia judicial o resolución administrativa firme con imposición de sanción, se adjudican al Estado. También se adjudican al Estado los especímenes incautados o los que hayan sido cautelarmente decomisados por sobreseimiento o archivo de actuaciones porque el importador o los presuntos responsables de las infracciones fuesen desconocidos o se ignore su paradero y, en general, serán adjudicados al Estado los especímenes de los que no exista constancia de su legítima posesión.

Cuando el Estado sea titular de los especímenes de los Anexos B y C, podrá ceder su propiedad, o su uso, o ambas, de forma gratuita a las Comunidades Autónomas, entidades locales, organizaciones no gubernamentales o instituciones privadas, para los fines que se acuerden, atendiendo a las circunstancias que concurran y siempre que lo soliciten expresamente. Tam-

bién podrá el Estado cederlos a instituciones zoológicas, jardines botánicos, acuarios o centros de investigación científica o pedagógica, de naturaleza pública o privada, para su uso en actividades de conservación de la biodiversidad, museísticas, científicas o educativas.

En el caso de especies incluidas en el Anexo A o Apéndice I del Convenio, sólo podrán cederse para su uso, siempre que la autoridad científica emita previamente un informe favorable.

Los especímenes que se encuentren a disposición del Estado, siempre que se traten de especies incluidas en los Apéndices II y III, y en los Anexos B, C y D del Reglamento, también podrán ser enajenados en pública subasta, previa valoración de los mismos, bien por orden de la Autoridad Judicial, si se trata de un delito de contrabando, o de conformidad con lo establecido para las infracciones administrativas de contrabando.

Bibliografía y legislación consultada:

<http://www.cites.es>

<http://www.cites.org>

<http://www.magrama.gob.es>

<http://www.iucn.org/>

Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES), firmado en Washington, el 3 de marzo de 1973.

Instrumento de adhesión de España, de 16 de mayo de 1986, al convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES). (BOE nº 181 de 30/07/1986).

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano. (Estocolmo, 16 de junio de 1972)

Reglamento (CE) nº 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio. (DOCE nº L61 del 03/03/97).

Reglamento (CE) n° 865/2006 de la Comisión, de 4 de mayo de 2006, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 338/97 del Consejo relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio. (DOUE n° L166 de 19/06/2006).

Reglamento de ejecución (UE) n° 578/2013 de la Comisión de 17 de junio de 2013, por el que se suspende la introducción en la Unión de especímenes de determinadas especies de fauna y flora silvestres. (DOUE n° L 169/121.6.2013)

Ley orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. (BOE n° 297 de 13/12 de 1995)

Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal. (BOE n° 281 de 24/11/1995)

Ley orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la ley orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando (BOE n° 156 de 01/07/2011)

Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio. (BOE n° 268 de 08/11/2007).

Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad. (BOE n° 299, de 14/12/2007)

Real decreto 1739/1997, de 20 de noviembre de 1997, sobre medidas de aplicación del convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre (CITES), hecho en Washington el 3 de marzo de 1973, y del Reglamento (CE) 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio. (BOE n° 285 de 28/11/1997).

Real decreto 1649/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el título II de la ley orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, relativo a las infracciones administrativas de contrabando. (BOE n° 214 de 07/09/1998)

Real decreto 1456/2005, de 2 de diciembre, por el que se regulan las direcciones territoriales y provinciales de comercio. (BOE n° 299 de 15/12/2005).

Real decreto 1333/2006, de 21 de noviembre, por el que se regula el destino de los especímenes decomisados de las especies amenazadas de fauna y flora silvestres protegidas mediante el control de su comercio. (BOE nº 286 de 30/11/2006).

Real decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el catálogo español de especies exóticas invasoras. (BOE nº 185 de 03/08/2013).

Resolución de 5 de mayo de 1998, de la dirección general de comercio exterior, por la que se designan los centros y unidades de asistencia técnica e inspección de comercio exterior (SOI-VRE) habilitados para la emisión de los permisos y certificados contemplados en el Reglamento (CE) 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, y se establece el modelo de "documento de inspección de especies protegidas". (BOE nº 125 de 26/05/1998).

----- 0000000000 -----

A EXPLORAÇÃO ILEGAL DE MADEIRA NA AMAZÔNIA BRASILEIRA

Anselmo Henrique Cordeiro Lopes
Bruno Araújo Soares Valente
Felipe Almeida Bogado Leite
Luiz Antônio Miranda Amorim Silva
Marcel Brugnera Mesquita
Rodrigo Timoteo da Costa e Silva¹

1. A dinâmica do desflorestamento amazônico

A exploração ilegal de produtos madeireiros, na Amazônia, insere-se num panorama mais amplo de devastação e degradação da floresta. Enquanto etapa da devastação (corte raso ilegal), a retirada irresponsável de madeira é estágio de um processo de desflorestamento que é seguido por queimadas e, posteriormente, pelo estabelecimento, na área convertida, da pecuária extensiva ou de monocultura (na Amazônia, a soja, principalmente). Quando não está inserida numa etapa de desmatamento total, a exploração ilegal de madeira tem como consequência principal a degradação ambiental das florestas, causando

¹ Os autores são Procuradores da República e integrantes do Grupo de Trabalho do Desmatamento, da Procuradoria-Geral da República do Brasil.

perda de biodiversidade da flora, compactação do solo, afugentamento de animais, supressão de cursos d'água etc.²

Como é cediço, reconhece-se na pecuária a forma de ocupação alternativa do solo em 80% da área de desflorestamento

²Para uma melhor compreensão os ciclos do desmatamento da Amazônia e o papel da pecuária nesse processo, conferir os seguintes estudos publicados por importantes autoridades do mundo acadêmico: Sergio Margulis: "Quem são os Agentes do Desmatamento da Amazônia e Por Que Eles Desmatam?", disponível em: <https://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/iv_en/mesa5/5.pdf>; Philip Martin Fearnside: "Desmatamento na Amazônia: Dinâmica, Impactos e Controle", disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/aa/v36n3/v36n3a18.pdf>>; Philip Martin Fearnside: "Modelos de Uso de Terra Predominantes na Amazônia: um Desafio para a Sustentabilidade", disponível em: <http://philip.inpa.gov.br/publ_livres/2002/Modelos%20de%20Uso%20Sustentabilidade.pdf>; Philip Martin Fearnside: "Desmatamento na Amazônia Brasileira: História, Índices e Consequências", disponível em: <http://www.conservation.org.br/publicacoes/files/16_Fearnside.pdf>; René Pocard-chapuis *et alli*: "A Cadeia Produtiva da Carne; Uma Ferramenta para Monitorar as Dinâmicas na Frontes Pioneiras na Amazônia Brasileira?", disponível em: <<http://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/bitstream/CPATU-2010/41938/1/v22n1p125.pdf>>; Jair Carvalho dos Santos, Marcelo José Braga e Alfredo Kingo Oyama Homma: "Determinantes de Desmatamentos em Pólos de Produção Agropecuária no Estado do Acre, Amazônia Brasileira", disponível em: <<http://www.sober.org.br/palestra/9/969.pdf>>; Marcelo Bentes Diniz *et alli*: "Causas do Desmatamento da Amazônia: Uma Aplicação do Teste de Causalidade de Granger Acerca das Principais Fontes de Desmatamento nos Municípios da Amazônia Legal Brasileira", disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/neco/v19n1/06.pdf>>; José Antônio Scarcello e Edison Dausacker Bidone: "Agropecuária e Desmatamento no Acre no Período 1975-2000", disponível em: <http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/vii_en/mesa2/trabalhos/agropecuaria_e_desmatamento_no_acre.pdf>; Renato Prado dos Santos: "Os Principais Fatores do Desmatamento na Amazônia (2002-2007)", disponível em: <<http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/6592>>; Rodolfo Coelho Prates e Claudia Brito Silva: "Desflorestamento Amazônia Legal"; disponível em: <<http://www.sober.org.br/palestra/6/282.pdf>>; Eustáquio J. Reis e Sergio Margulis: "Perspectivas Econômicas do Desmatamento da Amazônia", disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0215.pdf>; Sonaira Souza da Silva *et alli*: "Dinâmica do Desmatamento no Período de 1988 e 2007 do Município Rio Branco, Acre, Brasil", disponível em: <<http://marte.dpi.inpe.br/col/dpi.inpe.br/sbsr@80/2008/11.18.01.31.56/doc/6273-6280.pdf>>; e, finalmente, estudo do Banco Mundial; "Causas do Desmatamento da Amazônia Brasileira"; disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1185895685298/010CausasDesmatamentoAmazoniaBrasileira.pdf>>.

consolidado na Amazônia até hoje.³ Considerando que se estima que, aproximadamente, 19% da Floresta Amazônica brasileira já se encontram desmatados⁴, conclui-se que quase 16% de todo o bioma amazônico já está em estado de desflorestamento consolidado na forma de pastos para a pecuária bovina. Ocorre que a “culpa da pecuária” (ou de outras monoculturas) não pode ofuscar a importância do mercado de produtos madeireiros na dinâmica do desflorestamento amazônico. De fato, o processo em questão inicia-se com a retirada ilegal de madeira, passa pelo uso do fogo e alcança, somente em seu final, a conversão da floresta em pasto (ou monocultura). Portanto, mesmo nesses 19% de desflorestamento da Amazônia já registrado hoje, há a participação do mercado ilegal de madeira como força propulsora do desmatamento.

A partir da segunda metade da década 2000-2010, quando houve a digitalização da análise de imagens de satélites, a qual passou a municiar órgãos ambientais – especialmente o IBAMA – e policiais, além do próprio Ministério Público, na investigação e persecução de ilícitos ambientais, podemos notar uma significativa queda no desflorestamento da Amazônia. De fato, em 2004, o índice de desmatamento anual da Amazônia chegou ao ápice de 27.800 km²; em 2007, esse índice já havia caído para 11.700 km²; em 2010, era de 7.000 km².⁵

Paralelamente, nota-se que também houve uma grande expansão da pecuária bovina na Amazônia brasileira na primeira metade da década 2000-2010, passando o rebanho bovino total da região de 47.536.000 em 2000 para 74.589.000 em 2005, o que representa um crescimento do rebanho de 56,9% em 5 anos (média de mais de 10% por ano). Na segunda metade dessa mesma década, o rebanho bovino amazônico cresceu apenas

³A taxa de 80% acima citada foi mundialmente revelada por relatório do Greenpeace, como está mencionado em sua página eletrônica: <http://www.greenpeace.org.br/gado/gado_amz.html>.

⁴Cf. Imazon (Daniel Santos; Denys Pereira; Adalberto Veríssimo): *O Estado da Amazônia: Uso da Terra*, Belém, 2013, p. 20.

⁵Cf. Imazon: ob. cit., p. 19.

modestamente; alcançou, em 2011, o total de 79.768.000 animais, o que representa um crescimento de apenas 6,9% em 6 anos (média de pouco mais de 1% por ano).⁶ Enquanto isso, outras monoculturas, especialmente de grãos, começam a ganhar mais espaço no bioma amazônico.

No âmbito da exploração madeireira, o avanço do controle tecnológico representado pela interpretação de imagens digitalizadas de satélites também obstou o crescimento do mercado da madeira amazônica. De fato, em 2004, a produção amazônica anual de toras era de 24.460.000 m³ de madeira, enquanto que, em 2010, essa produção caiu para 11.629.000 m³.⁷

Conforme se pode concluir dos dados antes mencionados, o maior controle – inclusive tecnológico – do desflorestamento e da degradação da Floresta Amazônica contribuiu para impedir o crescimento tanto da pecuária quanto da produção madeireira nessa região. Sem embargo disso, enquanto o setor da pecuária bovina de origem amazônica vem sofrendo constante controle por parte do mercado (na linha do que propõe o Ministério Público Federal dentro de seu bem-sucedido projeto, popularizado como “Carne Legal”), o mercado dos produtos madeireiros ainda demanda esforços de controle e responsabilização de toda a cadeia econômica por ilícitos cometidos na extração e no comércio de madeira ilegal, obtida clandestinamente da Amazônia.

Para que se possa efetivar maior controle da cadeia econômica da madeira, é necessário, antes de qualquer coisa, identificar as possíveis origens ilegais da madeira. Atualmente, na Amazônia, podemos identificar algumas fontes e espécies mais comuns de extração ilegal de madeira: (i) a retirada de madeira de áreas especialmente protegidas (unidades de conservação e terras indígenas, especialmente); (ii) a extração ilegal de madeira de terras públicas; (iii) a extração ilegal de madeira de áreas privadas, sem as devidas autorizações e licenças dos órgãos ambientais, ou por meios fraudulentos.

⁶Cf. Imazon: ob. cit., p. 34.

⁷Cf. Imazon: ob. cit., p. 39.

Por outro lado, devemos observar que nem toda madeira extraída da Amazônia é uma madeira ilegal. De acordo com a legislação brasileira, a madeira, de origem legalizada, pode ter quatro fontes possíveis: (i) as conversão de área privada fora reserva legal ou área de preservação permanente, devidamente autorizada pelo órgão ambiental; (ii) o plano de manejo florestal sustentável; (iii) as concessões de florestas públicas; (iv) florestas plantadas.⁸ Assim, qualquer estratégia que se desenvolva a fim de garantir a sustentabilidade da cadeia econômica da madeira deve necessariamente: (i) assegurar que os produtos de madeira que chegam ao consumidor final tenham origem numa dessas fontes legalizadas; (ii) verificar se a extração originária de madeira de uma dessas fontes está observando as normas legais ambientais que regem o tema. Outrossim, preferentemente, caso seja possível, deve-se priorizar as fontes de extração alternativas à conversão licenciada de área florestal, visto que esta tem como efeito a consolidação do desflorestamento, a qual colide com o compromisso constitucional – e internacional – de proteção diferenciada da Floresta Amazônica (art. 225, § 4º, da Constituição da República).

2. A identificação por satélite do corte raso e da degradação ambiental

A identificação da extração – legal ou ilegal – da madeira na Amazônia tem um excelente instrumento tecnológico: as pesquisas, por meio de análise de dados de satélite, promovidas pelo Instituto Nacional de Pesquisas Especiais, o INPE, que é entidade ligada ao Ministério de Ciência e Tecnologia. O INPE foi criado em 1961, tem sua base principal em São José dos Campos/SP, mas opera também noutras 11 cidades do Brasil.

⁸Cf. art. 33 do novo Código Florestal.

Numa dessas cidades, em Belém do Pará, encontra-se o Centro Regional da Amazônia, criado em 2008, que é um importante braço do INPE no monitoramento da Floresta Amazônica. Na identificação *on line* de queimadas, devemos citar também a importância do CPTEC, o Centro de Previsão de Tempo e Estudos Climáticos, criado em 1994, que tem sua sede em São José dos Campos e desenvolve um bem-sucedido projeto de monitoramento de queimadas e incêndios florestais no Brasil.⁹

O trabalho do INPE no controle da Floresta Amazônica começou em 1988, com o Projeto PRODES – Monitoramento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite. Até 2002, o processamento de imagens do PRODES era analógico; passou a ser digital em 2003, com o aproveitamento de novos satélites e a interpretação de imagens por meio de um banco de dados digital. Hoje, a resolução dos satélites (LANDSAT) utilizados pelo PRODES permite a identificação de desflorestamentos iguais ou superiores a 6,25 hectares.

No âmbito do corte raso de floresta (o desflorestamento *stricto sensu*), o INPE desenvolveu o programa de Detecção de Desmatamento da Amazônia em Tempo Real, o DETER, lançado em maio de 2004 e que passou a ser disponibilizado pela internet a partir de 2005. O funcionamento do DETER, que inclusive disponibiliza imagens e informações que servem de instrumento ao controle social dos ilícitos ambientais, é um dos grandes responsáveis pelo declínio do desmatamento na Amazônia desde a metade da década passada. Assim, o futuro avanço no combate ao desflorestamento ilegal na Amazônia passa necessariamente pelo aperfeiçoamento do DETER e por sua utilização progressiva e qualificada por diversos agentes da sociedade civil e pelos órgãos públicos de controle.

O levantamento do DETER utiliza dados do sensor MODIS dos satélites Terra e Aqua e do Sensor WFI do satélite CBERS, de resolução espacial de 250 metros. Com isso, é possí-

⁹ Cf. a seguinte página eletrônica do INPE: <<http://www.inpe.br/queimadas/>>.

vel identificar desmatamentos a partir de 25 hectares. Como se observa, tal resolução não é boa, ou seja, é insuficiente para a elaboração de laudos técnicos e periciais individualizados, como os realizados pelos órgãos ambientais em seus autos de infração e pelo setor de perícia técnica da Polícia Federal. No entanto, para fins de medição mensal e anual de desflorestamentos e a condução de políticas públicas e de controle de ilícitos ambientais, faz-se bastante útil o DETER.

No âmbito da degradação florestal na Amazônia, o INPE contempla outro sistema: o Mapeamento da Degradação Ambiental na Floresta Amazônica, o DEGRAD, lançado em 2007. Esse sistema utiliza imagens dos satélites LANDSAT e CBERS e seu objetivo é mapear anualmente áreas de floresta degradada e com tendência a ser convertida em corte raso. A resolução dos satélites utilizados pelo DEGRAD ainda não é alta; para que seja identificada a degradação, é necessário que a área impactada seja de, pelo menos, 6,25 hectares. De toda maneira, a interpretação de dados do DEGRAD é especialmente importante para a detecção de atividades madeireiras que geram alta degradação ambiental.

Há ainda entidades da sociedade civil que também fazem monitoramentos e relatórios de desflorestamento e degradação ambiental na Amazônia. A mais conhecida é o Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia, o IMAZON, que tem sua sede em Belém do Pará. O IMAZON utiliza principalmente, em suas análises, as imagens do sensor MODIS, dos satélites Terra e Aqua. O IMAZON, além de publicar boletins de desmatamento, também publica boletins de regularidade de manejos florestais.

3. Manejo florestal sustentável no bioma amazônico

No Bioma Amazônico, os planos de manejo estão regulados pelos arts. 31 a 34 do Código Florestal e regulamentados pela Resolução nº 406/2009 do CONAMA. Entre outras regras, a mencionada resolução exige do responsável pelo Plano de Manejo Florestal Sustentável (PMFS): (i) o inventário florestal, amostral e contínuo; (ii) um plano operacional anual; (iii) a previsão de um ciclo mínimo de corte, que varia de acordo com a utilização ou não de máquinas para o arraste de toras; (iv) a definição da volumetria de madeira em tora e de resíduos comercializáveis; (v) a definição de diâmetro mínimo (na altura do peito, 1,30m) para as toras extraídas (em geral, 50cm); (vi) a previsão de espécies de árvores não sujeitas à extração, em razão da baixa incidência na área; (vii) um relatório de atividades, que esclareça a diferença entre o volume de madeira autorizada para extração e o volume efetivamente extraído. Também exige a resolução que o plano de manejo seja firmado por profissional legalmente habilitado (leia-se engenheiro florestal) com anotação de responsabilidade técnica (ART) devidamente registrada no conselho profissional. As autorizações para exploração (AUTEX) têm vigência anual, de acordo com o art. 16 da resolução aqui citada.

Exige também a Resolução CONAMA Nº 406/200 do órgão ambiental competente: (i) a apresentação de orientações básicas; (ii) a definição de períodos de restrição das atividades de corte, arraste e transporte na floresta no período chuvoso; (iii) a vistoria técnica.

É importante observar que a Resolução nº 406/2009 do CONAMA define a exigência de rastreabilidade da madeira, ao menos até “seu local de desdobramento”. De acordo com seu art. 13, é “*obrigatória a adoção de procedimentos que possibilitem o controle da origem da produção por meio da rastreabilidade da madeira das árvores exploradas, desde a sua localização na floresta até o seu local de desdo-*

bramento”. O ideal, porém, seria que o próprio CONAMA expressasse o dever de rastreabilidade até o final da cadeia de produção e consumo. O novo Código Florestal, de toda forma, estabeleceu uma obrigação específica para as “*empresas industriais que utilizam grande quantidade de matéria-prima florestal*”. De acordo com seu art. 34, tais empresas deverão apresentar ao órgão ambiental um Plano de Suprimento Sustentável – PSS – que, entre outras coisas, deverá incluir a “*indicação das áreas de origem da matéria-prima florestal georreferenciadas*”.¹⁰ Dessa forma, ao menos das empresas que utilizam “*grande quantidade de matéria-prima florestal*”, é possível demandar, desde já, a obrigação legal – que ainda deve ser mais bem regulamentada – de rastreabilidade georreferenciada da cadeia da madeira. Não obstante, na prática, esses planos de suprimento sustentável ainda não estão sendo cobrados das empresas, uma vez que a mencionada obrigação legal ainda não estaria regulamentada.

4. As concessões de florestas públicas na Amazônia

As concessões de florestas públicas estão regradadas pela Lei nº 11.284/2006, concebida e aprovada ao tempo da gestão da então Ministra do Meio Ambiente Marina Silva. A mesma lei instituiu o Serviço Florestal Brasileiro – o SFB.

O propósito central que justificou a edição dessa lei foi criar e estimular um sistema legalizado de exploração madeireira que pudesse: (i) competir em melhores condições contra o mercado ilegal da madeira; (ii) garantir renda às regiões em que haveria o compromisso de exploração sustentável da atividade madeireira; (iii) garantir indiretamente a preservação ambiental, considerando que a expansão das concessões florestais implicaria num arre-

¹⁰Art. 34, § 2º, II, do Código Florestal.

fecimento da pressão econômica para a extração e comercialização de madeira de origem ilegal.

As condições estabelecidas pela Lei nº 11.284/2006 demandam que os concessionários de florestas públicas – nacionais, estaduais ou municipais – exerçam suas atividades de modo sustentável, de acordo, inclusive, com os princípios que regem as unidades de conservação de uso sustentável, na forma da Lei nº 9.985/2000. Já no edital de licitação para a concessão (art. 20 da Lei nº 11.284/2006), devem estar previsto o inventário amostral e estabelecidas as condições necessárias para a “*exploração sustentável dos produtos e serviços florestais*”. Essas condições, obviamente, serão reproduzidas no contrato de concessão (art. 27). O concessionário, outrossim, após assinado o contrato, deverá apresentar um PMFS (art. 31, I), “*conforme previsto nas normas técnicas aplicáveis e especificações do contrato*”.

Uma regra de controle interessante imposta no art. 42 da Lei nº 11.284/2006 é a exigência de “auditorias florestais”, “de caráter independente, em prazos não superiores a 3 (três) anos, cujos custos serão de responsabilidade do concessionário”, que tem por finalidade constatar o “regular cumprimento do contrato de concessão”. Essa auditoria periódica, se devidamente realizada, vem a ser ótimo instrumento para a detecção de falhas na execução dos PMFS das florestas públicas.

Além das regras específicas previstas na Lei nº 11.284/2006, devemos observar que todas as regras de cuidado e controle ambiental exigidas na concepção e execução dos PMFS “privados” devem ser aplicadas à concessões de florestas públicas.

Ainda que a ideia preponderante da Lei nº 11.284/2006 seja boa, notamos que a concessão de florestas públicas no Brasil não prosperou como estava previsto. Talvez em razão da facilidade de aprovação e aproveitamento de PMFS estabelecidos em áreas privadas de reserva legal, pouco se fez efetivamente, desde 2006, para firmar o modelo das concessões de florestas públicas como alternativa econômica sustentável para o mercado brasileiro madeireiro. Até 2012, somente existiam 10 Florestas Nacio-

nais – Flonas – concedidas pelo Poder Público (no Acre, Rondônia e, principalmente, no Pará).¹¹ A quantidade de madeira comercializada a partir dessas Flonas ainda é inexpressiva dentro do patamar geral do mercado madeireiro brasileiro. Uma explicação plausível para tal fato é que o regramento das concessões florestais é muito mais rígido (especialmente, em razão da exigência de auditoria periódica), o que afasta o interesse das empresas em tais concessões.

5. A autorização para a supressão vegetal

Além dos manejos florestais sustentáveis e das concessões de florestas públicas, existe outra potencial fonte lícita para a origem da madeira: a supressão de vegetação (corte raso) de área particular não protegida por reserva legal ou área de preservação permanente – APP. Essa forma de exploração está estabelecida no art. 10 do novo Código florestal (Lei nº 12.651/2012), que, entre outras coisas, demanda do requerente da supressão informações sobre: (i) a localização georreferenciada do imóvel, das áreas de preservação permanente e de reserva legal; (ii) o cumprimento da reposição florestal; (iii) a efetiva utilização das áreas já convertidas; e (iv) o uso alternativo a que será destinado o solo a ser desmatado.

Ainda que, em tese, a supressão de vegetação baseada no art. 10 do Código Florestal seja mais facilitada em comparação com a extração de madeira de planos de manejo, há condições legais e administrativas aplicáveis a ambas, no bojo do licenciamento dessas atividades. Em brevíssima análise, esse licenciamento deve seguir as seguintes etapas¹²: a) requerimento de ex-

¹¹Cf. Imazon: ob. cit., pp. 41-2.

¹²Para uma melhor compreensão do licenciamento ambiental, ver as Resoluções Conama nº1/1986 e 237/1997. Na maioria dos estados federados há normativa específica de licenciamento dos empreendimentos da cadeia produtiva da madeira (Plano

ploração da área, instruído com os documentos pessoais do requerente e comprovação da propriedade da terra; b) estudo de impacto ambiental do empreendimento; c) inventário florestal; d) intervenção dos órgãos interessados; e) análise técnica e jurídica do empreendimento; f) expedição de licença ambiental; g) creditamento da volumetria dos produtos florestais no sistema.

Cumpridas essas etapas legais e administrativas, a volumetria do produto florestal autorizado será aferida por meio do inventário florestal e sua análise técnica deverá ser realizada pelo órgão ambiental, que creditará na conta do requerente do licenciamento o crédito pertinente. Vencida essa etapa de licenciamento e credenciamento da volumetria, o detentor dos créditos e – da floresta a ser explorada – oferta o produto florestal às madeiras. Dessa forma, a cada operação de extração da árvore ou conjunto delas será emitido documento de origem florestal – ou guia florestal – correspondente que permite o trânsito da mercadoria, além do creditamento da volumetria do produto florestal ao estabelecimento madeireiro que irá serrar e desdobrar o produto. A partir daí, o transporte da madeira passa a ser legalizado e ingressa no mercado brasileiro, como exporemos a seguir.

6. O transporte da madeira e o sistema DOF

O Documento de Origem Florestal – DOF – (utilizado nacionalmente, com a exceção do Estados do Pará e Mato Grosso) é sucessor da antiga Autorização de Transporte de Produto Florestal – ATPF. Essa guia, “antepassada” do DOF, era um documento de papel preenchido manualmente, sendo bastante vulnerável, portanto, a toda sorte de fraudes.

A história da ATPF data de 5 de junho de 1992, quando foi publicada a Portaria nº 139/92 da SEMAM, que instituiu nacionalmente a ATPF, a qual foi posteriormente regulamentada por meio da Portaria nº 44-N do IBAMA, de 6 de abril de 1993. Tal sistema de controle buscava assegurar a identificação da origem de qualquer madeira comercializada no país, mediante análise de sua cadeia anterior. Além de se identificar a origem e cadeia do produto florestal, o sistema tinha a finalidade de garantir a repressão ao comércio de madeira extraída clandestinamente.

O sistema da ATPF funcionava mediante a atribuição de créditos às empresas que trabalhavam com produtos florestais. Tais créditos correspondiam à quantidade de madeira legalizada que a empresa havia adquirido ou estava autorizada a explorar, fazendo-se com que, desta forma, qualquer produto fora destes padrões não possuísse créditos correspondentes, e, portanto, não pudesse ser comercializado. Referido sistema apresentava um método de controle manual, em que, ao realizar determinada transação de produto florestal, a vendedora deveria preencher as duas guias de uma ATPF, sendo que uma delas deveria acompanhar o produto até o estabelecimento da compradora, enquanto outra permanecia com a vendedora, que a utilizava na sua prestação de contas mensal ao IBAMA, a qual abateria do saldo desta os créditos relativos à madeira vendida. A compradora, ao receber o produto acompanhado da outra guia da ATPF, deveria igualmente apresentá-la ao IBAMA, que lhe incluiria os respectivos créditos.

As características do sistema de ATPF tornavam as fraudes muito frequentes. Por exemplo, era comum observar duas vias da mesma guia serem apresentadas em unidades diversas do IBAMA, em períodos diferentes. Outrossim, como o sistema era manual, não se fazia possível o cruzamento dos dados das guias de ATPF, o que possibilitou o aparecimento das chamadas “ATPF's calçadas”, em que a vendedora declarava, na guia que apresentava ao IBAMA, a venda de uma essência florestal, em geral de baixo valor econômico e em pequena quantidade, da qual realmente possuía créditos, enquanto que, na via que

acompanhava a produto, o preenchimento era feito com essências florestais nobres e em maiores quantidades, que eram as efetivamente transportadas, concedendo aparência de licitude ao transporte de madeira.

Ademais, como se tratava de um sistema baseado nas guias de papel emitidas pelo IBAMA, tornou-se usual a produção de documentos materialmente falsos, chegando-se a descobrir gráficas especializadas em produzir ATPF's falsas. Outra vertente da ilegalidade era a obtenção fraudulenta de ATPF's em branco, muitas vezes roubadas ou furtadas da própria sede do IBAMA, ou então desviadas com o auxílio de servidores, para que fossem comercializadas para empresas do ramo e preenchidas com dados falsos. Esta hipótese era ainda mais difícil de ser constatada, visto que, em razão da autenticidade do suporte, o exame pericial era inútil. Dessa forma, a fraude apenas era descoberta quando, analisando-se as prestações de contas das empresas, o IBAMA constatasse a utilização de ATPF cuja numeração constasse como furtada ou desviada. Além de tardia, a descoberta era, em geral, inútil, visto que tais movimentações eram feita por empresas com existência meramente formal, constituídas em nome de “laranjas”.

O sistema da ATPF também possibilitava que qualquer empresa pudesse comercializar madeira acima da quantidade que legalmente deveria possuir em seu estabelecimento. Como a empresa retirava do IBAMA blocos em branco da guia, poderia preenchê-las livremente e, se, por exemplo, viesse a emitir ATPF com a venda do dobro de quantidade de madeira que possuía licitamente, simplesmente contraía um “débito de reposição”, que era constatado pelo IBAMA por ocasião da análise da prestação de contas e que poderia ser quitado, com a apresentação de créditos posteriores. Ou seja, o sistema, além de vulnerável a uma grande variedade de fraudes, permitia, sem a necessidade de se realizar qualquer ato fraudulento, a comercialização de produtos florestais originados de desflorestamento ilegal, desde que houvesse a posterior apresentação de créditos florestais para suprir tal débito.

Sendo apresentado como uma evolução da ATPF, o DOF foi lançado em 2006 pelo Ministério do Meio Ambiente (por meio da Portaria/MMA/ nº 253/2006) como uma promessa de modernização, integração sistemática e maior controle do comércio de madeira no Brasil. De fato, sua introdução dificultou a ocorrência de fraudes. Reduziu-se com isso, por exemplo, a utilidade em se falsificar as guias de transporte, uma vez que ela apenas gerará os respectivos créditos caso tenham sido emitidas pelo próprio sistema. Da mesma forma, não se mostra mais possível a comercialização de produtos florestais acima do saldo gerado pelas fontes legais de extração de madeira, gerando os aberrantes débitos de reposição, já que, uma vez alcançado este limite, o sistema automaticamente não mais permite a emissão de novas guias. O controle, portanto, é realizado de maneira informatizada e instantânea. Outro ponto positivo é a possibilidade de se ter registros ilimitados e de fácil acesso a todas as movimentações ocorridas no Estado, o que, no sistema da ATPF, era muito difícil, já que o resgate da cadeia de determinada madeira dependia de consultas a arquivos físicos de diversas unidades, não sendo raras as situações em que os documentos não mais eram encontrados, seja por extravio ou pela própria deterioração natural decorrente do tempo.

A legislação que rege o DOF oferece possibilidades interessantes de controle e inclusive de rastreabilidade real da madeira – não obstante faltem melhores regulamentações sobre o tema. Tal sistema ainda foi corroborado pelas normas contidas no novo Código Florestal. De acordo com o art. 35 da mencionada lei, o sistema nacional de controle da origem da madeira, que tem como centro gravitacional o DOF, deve incluir “*os dados dos diferentes entes federativos, coordenado, fiscalizado e regulamentado pelo órgão federal competente do Sisnama*”. O órgão federal em questão, de acordo com o § 5º do mencionado artigo, poderá inclusive bloquear a emissão de DOF expedido por qualquer autoridade estadual do SISNAMA. Portanto, legalmente, está bastante evidente que o sistema que controla o transporte de madeira deve ser *coordenado, fiscalizado e regulamentado* por órgão federal, o que

atrai a competência federal administrativa, judicial, extrajudicial e policial para o controle da cadeia econômica da madeira e de seu transporte.

Atualmente, com o funcionamento do SISDOF, o controle do transporte de madeira passou a ser informatizado, seguindo algumas etapas. A primeira, como vimos anteriormente, é a própria geração do crédito de produto florestal por meio do licenciamento pertinente. Após esse momento, o crédito e a madeira são transmitidos a uma serraria ou madeireira, já por meio do sistema. Após receber o produto madeireiro, cabe a madeireira dar aceite do crédito no respectivo sistema, creditando-se da volumetria adquirida. A partir daí, desdobra-se a tora de madeira em determinados produtos, como pranchas, decks, estacas etc., sendo que a perda nessa conversão é inserida no sistema. Dessa forma, a volumetria de madeira é reduzida com a perda no processo de conversão. Posteriormente, a madeireira irá vender os produtos, repassando os créditos juntamente com eles aos grandes consumidores. Os consumidores de produtos florestais devem, após consumir o produto, transformá-lo em outro produto ou vendê-lo ao consumidor final, dando baixa no crédito de produto florestal consumido.

O sistema informatizado que aqui descrevemos funciona com senhas pessoais de acesso, em que são identificados os vendedores, os compradores, as datas, os horários, as volumetrias transferidas, as espécies de madeira, os tipos de produto, os veículos que realizaram os transportes e suas placas, além das notas fiscais. É possível também a identificação do IP dos computadores que realizaram a transação¹³.

Não obstante possamos reconhecer os avanços do sistema DOF, este ainda não é imune a fraudes; deveras, ele ainda precisa ser bastante aperfeiçoado a fim de evitar o comércio de ma-

¹³Para uma melhor análise do sistema, deve-se acessar os manuais do SISDOF na página eletrônica do Ibama: <<http://servicos.ibama.gov.br/ctf/manual/html/160000.htm>>. Data de acesso: 15.10.2013.

deira de origem ilegal como demonstram diversas “operações” policiais, investigações do Ministério Público e trabalhos do próprio IBAMA, em que foram constatadas diversas formas de se burlar o sistema DOF.¹⁴ As falhas no SISDOF, outrossim, foram constadas pelo Tribunal de Contas da União, na tomada de contas nº 22.424/2007-8¹⁵, o que demonstra que, atualmente, a mera apresentação de DOF no bojo da comercialização de produto de madeira não garante, por si só, a origem lícita do produto.

A partir desse momento, em que a madeira ingressa no “sistema” via DOF, diversos podem ser os destinos da madeira serrada e dos resíduos de madeira. Eles podem ser comercializados para indústrias (moveleira, da construção civil, da construção naval, de pisos etc.) ou podem ser já exportados para outros países. Verificaremos, no próximo tópico, esses possíveis destinos.

7. O mercado internacional da madeira amazônica

Talvez como resultado do maior controle do desflorestamento na Amazônia, observa-se, nos últimos anos, uma estabilização das exportações de madeira amazônica, ou mesmo uma tendência de queda. Em 2012, o faturamento gerado pela exportação de madeira da Amazônia se limitou a meio bilhão de dólares, o que vem a ser menor do que o total faturado em qualquer um dos três anos anteriores.¹⁶

¹⁴ As principais espécies de fraudes no sistema DOF serão expostas em tópico posterior.

¹⁵ Os dados da mencionada tomada de contas podem ser consultados na seguinte página eletrônica:

<<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=22424&p2=2007&p3=8>>.

Data de acesso: 10.10.2013.

¹⁶ Cf. Imazon: ob. cit., p. 50.

Um terço da madeira amazônica exportada tem como destino os Estados Unidos. Outro terço é destinado ao mercado europeu. O terço restante é dividido entre outros países como China, Japão, Turquia, Índia etc. Essa análise do mercado exterior da madeira amazônica (principalmente no toca aos norte-americanos e europeus) é importante porque possibilita a cooperação com os Estados Unidos (que está obrigado à *Lacey Act*, emendado em 2008¹⁷) e a União Europeia (que, desde março de 2013, está regida pela EUTR/FLEGT, a Regulamentação Madeireira da União Europeia¹⁸) na adoção de medidas de evitem o comércio de madeira de origem ilegal.

Por força das normas americanas e europeias (em especial, das últimas), quem quiser importar madeira – como a amazônica – deverá demonstrar que promoveu as *due diligences* socioambientais, que podem incluir, entre outras coisas, a comprovação da rastreabilidade da madeira e da legalidade da origem de extração. A empresa norte-americana ou europeia que descumprir essas diligências e comercializar madeira de origem ilegal poderá sofrer sanções civis e administrativas, que incluem pesadas multas e apreensão de mercadorias.

Ainda que o destino estrangeiro seja minoritário no mercado da madeira amazônica (não chega a 10% do total), a adoção internacional de critérios mais exigentes de sustentabilidade da cadeia econômica da madeira pode favorecer a pressão para que novos critérios socioambientais sejam internamente construídos no Brasil, seja por meio de inovação legislativa, seja por meio de novas exigências administrativas, seja por meio de acordos firmados com o Ministério Público.

¹⁷Mais informações sobre o *Lacey Act* podem ser obtidas na seguinte página eletrônica: <<http://www.fws.gov/international/laws-treaties-agreements/us-conservation-laws/lacey-act.html>>.

¹⁸Mais informações sobre o EUTR podem ser obtidas na página eletrônica da Comissão Europeia: <http://ec.europa.eu/environment/eutr2013/index_pt.htm>.

8. O fornecimento de madeira para as indústrias brasileiras e a exigência de sustentabilidade socioambiental

Em geral, quando se pensa em uso industrial da madeira, o primeiro setor industrial que é cogitado é o da indústria moveleira. Contudo, se observamos hoje o mercado moveleiro interno brasileiro, observaremos que apenas pequena fração deste é ocupada por produtos de madeira de origem amazônica.

Deveras, as grandes lojas e franquias de móveis – prontos ou planejados – no Brasil utilizam, em sua ampla maioria, o MDF, que é um tipo de placa, de densidade média, derivada da aglutinação de fibras de madeira e resinas sintéticas. Secundariamente, também são utilizados o HDF – de densidade maior – e o MPD – de maior resistência. As três espécies de placas de derivados de madeira, utilizadas na indústria moveleira, utilizam fibras de madeira de eucalipto e de pinus, que não são, obviamente, espécies amazônicas. As árvores de eucaliptos e pinus que fornecem material para a indústria em questão, geralmente, encontram-se em florestas plantadas no Sul e Sudeste do Brasil. De fato, atualmente, somente 10% da área plantada de eucalipto no Brasil se encontra na Amazônia Legal.¹⁹ Já quanto ao pinus, praticamente não se encontra essa espécie plantada na Amazônia.

Os dados acima, ainda que pareçam tranquilizadores, devem ser temperados com a verificação de que é possível, no futuro, o avanço da cultura do eucalipto na Amazônia (como, de resto, de todas as monoculturas rentáveis que hoje são expandidas no Brasil), sendo necessário que os poderes públicos estejam atentos a essa possibilidade. Demais disso, existem duas outras espécies de madeira de alto valor comercial que estão se expandindo na Amazônia: o paricá (espécie nativa) e a teca (espécie

¹⁹ Cf. Imazon: ob. cit., p. 46.

exótica asiática). Hoje, já existem quase 100.000 hectares de florestas plantadas de paricá na Amazônia (principalmente no Pará e no Maranhão) e outra quantidade similar plantada principalmente nos estados do Acre, Amazonas, Mato Grosso e Pará.²⁰ Portanto, é preciso acompanhar o avanço dessas novas florestas plantadas na Amazônia, as quais, além de não agregar qualquer valor de biodiversidade à região, podem ser objeto de exploração com o desrespeito a preceitos legais e éticos socioambientais.

Dessa forma, não nos parece que, atualmente, o grande mercado consumidor de madeira ilegal da Amazônia seja o setor moveleiro. Esse posto tem sido ocupado pela indústria da construção civil, que tem se mostrado ser a maior consumidora de madeira – lícita e ilícita – da Amazônia. Consciente desse fato, as próprias indústrias da construção civil (ou, ao menos, as do Estado de São Paulo, reunidas no SINDUSCON paulista, e algumas outras poucas indústrias brasileiras) têm procurado, espontaneamente, e em conjunto com entidades da sociedade civil, construir regras para evitar a compra de madeira oriundo do desflorestamento ilícito da Amazônia. Assim nasceram, em 2005, em São Paulo, os programas “Estado Amigo da Amazônia” e “Cidade Amiga da Amazônia”, com o apoio do Greenpeace, e, em 18 de julho de 2008, no Pará, o Pacto pela Madeira Sustentável.²¹

Ocorre que esses pactos pela madeira legalizada, além de demandarem uma expansão geográfica (para outros Estados e municípios), demandam também uma expansão material, visto que, diferentemente do que se pensava cinco anos atrás, a implantação do sistema DOF não representou um efetivo avanço no controle da origem da madeira amazônica, como já demonstramos anteriormente. Assim, não sendo a apresentação do

²⁰ Cf. Imazon: ob. cit., p. 48.

²¹ Cf. a “Cartilha do Pacto pela Madeira Legal e Sustentável”, 2008, disponível em: <<http://www.inteligentesite.com.br/arquivos/pfca/cartilha-pacto.pdf>>. Data de acesso: 13.7.2013.

DOF (ou guia florestal) elemento suficiente para garantir a licitude da origem do produto florestal, devem as empresas e indústrias buscar outros meios de, cumprindo com seus deveres de cuidado, certificarem-se de que não estão contribuindo para o desflorestamento ilegal da Amazônia. Uma das possíveis soluções para cumprimento do dever de cuidado socioambiental é a exigência, por parte dessas empresas consumidoras de madeira, de certificação de origem e de cadeia de custódia por parte das empresas fornecedoras de madeira de origem amazônica.

Porém, a esse respeito, devemos observar que, no Brasil, a quantidade de projetos de extração de madeira certificados é ainda bastante tímida, o que demonstra que o mercado brasileiro ainda não alcança o nível de preocupação socioambiental de outros mercados estrangeiros. Para se ter uma ideia, enquanto que o Canadá possuía, em 2012, uma área florestal de 55.800.000 hectares certificada pela *Forest Stewardship Council* (FSC, a maior entidade certificadora de atividades florestais no mundo), a área florestal certificada brasileira, no mesmo ano, pela mesma entidade, limitava-se a 7.200.000 hectares.²² Em termos absolutos, Brasil e Polônia possuem *grosso modo* a mesma área florestal certificada, o que demonstra o atraso brasileiro no tema, considerando que o território brasileiro é 27 vezes maior que o território polonês.

Devemos notar também que metade das florestas certificadas no Brasil se encontra fora da Amazônia Legal.²³ Na Amazônia, somente há 25 empreendimentos de extração de madeira certificados pela FSC.²⁴ A área florestal amazônica certificada pela FSC manteve-se praticamente estável desde 2006, com uma elevação um pouco mais significativa em 2012.²⁵

A partir de 2008, o INMETRO e a ABNT passaram também a expedir a certificação ambiental do ISO 14001 para todas

²²Cf. Imazon: ob. cit., p. 40.

²³Cf. idem, ibidem.

²⁴Cf. Imazon: ob. cit., p. 41.

²⁵Cf. David Escaquete: "Floresta Certificada e Segurança nos Negócios", 2013, disponível em: <<http://www.raa.org.br/floresta-certificada-e-seguranca-nos-negocios>>.

as unidades de negócios que comprovem o cumprimento de exigências socioambientais dessas entidades. Desde então e até maio de 2013, a maioria dos negócios certificados se encontrava no eixo Sul-Sudeste do Brasil. Na Amazônia Legal, somente Amazonas, Mato Grosso, Pará e Tocantins possuem negócios certificados pelo ISO 14001. Cada um desses estados possui somente um negócio certificado, contra 198, por exemplo, de São Paulo.²⁶

Conclui-se, em face das informações aqui expostas, que a certificação da cadeia da madeira ainda exige grandes esforços por parte da indústria e do setor de consumo, a fim de corroborar com o consumo sustentável de produtos madeireiros no Brasil.

Além da busca de certificação ambiental, não podem as grandes empresas e indústrias consumidoras de madeira deixar de observar a novidade introduzida pelo art. 34 do Código Florestal, que passou a exigir-lhes a elaboração e implementação de Planos de Suprimento Sustentável (PSS), por meio dos quais deverão ser produzidos e cumpridos deveres de cuidado ambiental, a fim de evitar a comercialização e consumo de produtos florestais que sejam provenientes de exploração ilegal.

Ainda que o § 5º do art. 34, acima citado, mencione que haverá um “ato do Chefe do Poder Executivo” estabelecendo “os parâmetros de utilização de matéria-prima florestal para fins de enquadramento das empresas industriais no disposto no caput”, isso não significa que a mencionada norma legal seja carente de efeito presente, considerando que tal regra legal simplesmente concretiza um princípio constitucional – o da responsabilidade socioambiental dos agentes econômicos – que se encontra expresso no art. 170, VI, da Constituição da República.

²⁶A mencionada informação pode ser obtida na seguinte página eletrônica do INMETRO:
<http://www.inmetro.gov.br/gestao14001/Rel_Cert_Emitidos_Loc_Geografica.asp?Chamador=INMETRO14&tipo=INMETROEXT>.

Dessa forma, desde já, devem os agentes econômicos (também, em especial, pelos motivos que expomos, as indústrias da construção civil) que utilizem grande quantidade de madeira em seus processos produtivos elaborar e executar adequadamente os Planos de Suprimento Sustentável, os quais passarão a concretizar o dever de cuidado socioambiental, decorrente do princípio constitucional de responsabilidade socioambiental, e funcionar com uma garantia preventiva contra o comércio ilegal de madeira no Brasil; em especial, da madeira de origem amazônica.

Igualmente, como também se encontram atadas pelo princípio constitucional de responsabilidade socioambiental e também, a seu modo, devem cumprir com o dever de cuidado socioambiental, principalmente no momento e com os instrumentos próprios de avaliação de risco (jurídico, econômico, financeiro, patrimonial, socioambiental etc.), devem as instituições financeiras desenvolver procedimentos adequados a fim de garantir que não financiam atividades utilizados de madeira ilegal. Esse dever de cuidado das instituições financeiras deve ser concretizado, entre outras formas, por meio da análise dos planos de suprimentos sustentáveis que precisam ser apresentados pelas empresas mencionadas no art. 34 do Código Florestal, bem como, eventualmente, pela demanda de certificação da origem e da cadeia de custódia dos produtos de madeira empregados no processo produtivo.²⁷

²⁷No bojo do inquérito civil nº 1.16.000.003670/2013-55, em curso na Procuradoria da República no Distrito Federal, diversas instituições financeiras declararam estar adotando os mencionados deveres de cuidado. Assim, por exemplo, O Banco da Amazônia (BASA), declarou, em resposta a ofício do Ministério Público Federal, que “incentiva” seus clientes a buscarem a certificação da cadeia de custódia e a desenvolverem Plano de Suprimento Anual (PSA), Plano de Suprimento Sustentável (PSS), Plano Integrado Florestal (PIF) e Planos de Reflorestamento. O Banco HSBC, por sua vez, declarou no mesmo inquérito civil que “*não atua com empreendimentos que envolvam madeira em imóveis rurais localizados no Bioma Amazônico*” e “*possui contratos celebrados com empresas terceirizadas, especializadas em monitoramento ambiental, para a realização da fiscalização direta (in loco) das áreas objeto de financiamento, conforme dispõe o item 2-7-1 do MCR*”. Já o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) declarou que exige licenciamento ambiental de todos seus parceiros comerciais e “*(n) o setor agropecuário, para os investimentos em empreendimentos que dependam da madeira como principal matéria-prima, caso a madeira seja proveniente de mata*

Conclusão

Conforme tentamos demonstrar ao longo deste artigo, a exploração ilegal de madeira é a “porta de entrada” do desflorestamento na Amazônia. Dessa forma, qualquer política pública que tenha por finalidade proteger a Floresta Amazônica contra avanços ilegais deve atentar para a necessidade maior controle na extração, na comercialização e consumo de madeira de origem amazônica.

Como vimos, não há um ator único envolvido nesse drama amazônico e não pode haver, logo, uma estratégia única para solucionar tal drama. Várias estratégias e políticas públicas – e privadas – precisam ser conjugadas a fim de se alcançar esse desiderato. Nesse sentido, não somente devem os órgãos ambientais brasileiros efetivar um controle mais rígido sobre os planos de manejo e as madeireiras, realizando auditorias e vistorias *in loco*, como devem as grandes empresas exploradoras e consumidoras de produtos madeireiros implementar planos de suprimento sustentável de madeira, a fim de evitar com que produtos obtidos a partir de crimes ambientais alimentem o mercado brasileiro (e também o mercado internacional). Igualmente, deve o próprio Poder Público, em suas licitações e contratos administrativos, impor regras atinentes ao controle da origem da madeira. Às instituições financeiras, por outro lado, também compete controlar o crédito disponibilizado a empresas possivelmente exploradoras ou consumidoras de produtos ilegais de madeira, a fim de que assim se possa considerar cumprido seu dever de responsabilidade socioambiental.

nativa, o apoio é condicionado à existência de Plano de Manejo Florestal Sustentável, aprovado pelo órgão ambiental competente, e à Certificação Florestal ou Certificação de Cadeia de Custódia, emitida por órgão independente, com credibilidade pública”. Outrossim, o Banco Santander informou o MPF que uma equipe multidisciplinar do banco realiza a avaliação de risco ambiental (“RSA”) de cada empreendimento a ser financiado, em que exige inclusive certificação ambiental de “clientes do segmento atacado que extraem, beneficiam e/ou comercializam madeira nativa e seus produtos”.

GOBERNABILIDAD TRANSNACIONAL AMBIENTAL EN LA RIO + 20¹

Paulo Márcio Cruz²
Zenildo Bodnar³

1. Evolución del Estado constitucional moderno para la sostenibilidad global

Hasta la primera guerra mundial los Estados desempeñaban un papel formal, pasivo y de corte abstencionista, puesto que las Constituciones sólo proclamaban los derechos individuales clásicos.

¹Resultado del proyecto de investigación “Derecho y Sostenibilidad” adscrito a la Línea de Investigación en: Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade del Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ, de la Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, cursos de Doutorado e Mestrado em Direito.

²Pos-Doctor en Derecho del Estado por la Universidad de Alicante, España, Doctor en Derecho del Estado por la Universidad Federal de Santa Catarina y Maestro en Instituciones Jurídico-Políticas también por la Universidad Federal de Santa Catarina -UFSC. Coordinador y Profesor del Programa de Pos-Grado *Stricto Sensu* en Ciencias Jurídicas de la Universidad do Vale do Itajaí -UNIVALI en sus cursos de Doctorado y Maestría en Ciencias Jurídicas. Fue Secretario de Estado en Santa Catarina y Vice-Rector de UNIVALI. Es profesor visitante en las universidades de Alicante, España, y de Perugia, Italia. E-mail: pcruz@univali.br

³Pos-Doctorado en Derecho Ambiental en la Universidad Federal de Santa Catarina y Pos-Doctorado en Derecho Ambiental por la Universidad de Alicante, España. Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina. Maestro en Ciencias Jurídicas por la Universidad do Vale do Itajaí -UNIVALI. Profesor en los programas de Doctorado y Maestría en Ciencias Jurídicas de la Universidad do Vale do Itajaí. Investigador CNPq. Juez Federal em Blumenau – Santa Catarina - E-mail: zenildo@univali.br

sicos de primera generación que eran ejercidos, como regla, directamente por los ciudadanos. Las esferas económicas y sociales se auto regulaban. Esto supuso la existencia de un consenso de base ideológica por parte de los grupos que formaban la opinión pública y controlaban todos los medios de comunicación de la Sociedad (CRUZ, 2004, p. 104).

Sin embargo, con la evolución de la Sociedad, este modelo estatal se mostró incapaz de atender las nuevas demandas del nuevo orden social masificado e hipercomplejo. Por esto fue fundamental un cambio contundente de actitud y función, porque si en el Estado liberal la estrategia de acción era no interferir para preservar los derechos liberales (libertad, propiedad, entre otros), en el Estado Social se hizo necesaria una actitud positiva para garantizar los derechos por intermedio del Estado, que pasó a ser responsable por una gran cantidad de prestaciones sociales, como, por ejemplo, salud, educación, seguridad pública.

Es así como, a partir de 1917 y 1919 las Constituciones pasaron a establecer un nuevo papel a los Estados. Ya no era suficiente garantizar la libertad formal y la independencia jurídica del individuo, también pasó a ser imprescindible la creación de condiciones para el alcance de la independencia social. Así, se legitima la intervención del Estado con un papel de destacada relevancia al corregir situaciones de injusticia generadas por el individualismo.

Al abordar los excesos del Estado de bienestar, el español Fernando Suárez (1997, p. 100) propone sustituir el Estado de bienestar por la Sociedad del bienestar, exactamente para que esta pueda recuperar la responsabilidad y el poder de acción perdidos. Defiende que, “desde una perspectiva humanista, no se puede aceptar que la responsabilidad por la suerte de nuestros conciudadanos recaiga sobre los hombros del Estado”.

En la evolución histórica del papel de los Estados y de la configuración de los derechos, también es valioso el análisis de las relaciones establecidas entre el Estado y la Sociedad. Estas relaciones, que muchas veces fueron marcadas por tensiones y colocaron en cuestionamiento la legitimidad de determinadas

imposiciones estatales o de determinados papeles por estos desempeñados, ahora deben estar sintonizadas en la búsqueda de objetivos comunes.

Las lecciones históricas aprendidas de las múltiples y complejas relaciones entre la Sociedad y el Estado dejaron como legado que el Estado no debe suplantar ni sustituir la Sociedad, pero sí la apoyarla mediante estrategias de promoción y articulación solidaria.

En el contexto de la Sociedad de riesgo, hipercompleja y poli conflictiva, la relación entre el Estado y la Sociedad debe ser de asociación y cooperación. A partir del surgimiento de los nuevos derechos de tercera generación, en especial el derecho al ambiente saludable y equilibrado, se impone una redefinición del modo de organización política estatal. El Estado debe garantizar los derechos de libertad y proveer derechos sociales, pero debe hacerlo en común acuerdo con la Sociedad, e incluir a las futuras generaciones y toda la comunidad de vida, en condiciones ideales de habitabilidad.

A partir de los nuevos desafíos generados por la crisis ecológica y que caracterizan la Sociedad de riesgo, se teoriza acerca de la necesidad de la consolidación de un Estado de Derecho Ambiental o Estado Ecológico, especialmente considerando sus nuevas funciones y el contenido de las nuevas Constituciones democráticas. Esta necesidad gana relevancia en una perspectiva transnacional.

La protección y la defensa de la integridad ambiental es una de las funciones más importantes de un Estado comprometido con la sostenibilidad. En Brasil, por ejemplo, la Constitución de la República de 1988, siguiendo las tendencias de las constituciones brasileñas que la precedieron, redimensiona el papel del Estado, confiriéndole un profundo contenido social y ambiental — contenido este que se agrega a los institutos jurídicos, como ocurre con la función social y ambiental de la propiedad.

Herman Benjamin (2007, p. 121) explica que la Constitución de la República de 1988 instituyó una verdadera orden pública ambiental, hecho este que conduce el Estado de Derecho

Social y el modelo político-económico a que asumieran también la forma de Estado de Derecho Ambiental.

La atención especial conferida por las Constituciones llevó la doctrina internacional a reflexionar acerca de la existencia de un verdadero Estado de Derecho Ambiental o, como denominó Canotilho (2004, p. 3 y ss.), “Estado Ecológico”, eso a partir de la obra de Steinberg R. *Der Ökologische Verfassungsstaat*, 1998. Independiente del acierto científico de este adjetivo, el importante no es el calificativo que se agrega en la caracterización del Estado Democrático de Derecho, pero sí los valores, principios, deberes y misión que deben orientar su actuar.

En este contexto, se debe reconocer la importancia de esta construcción teórica que posee el mérito de destacar que los Estados, incluidos los Poderes Judiciales, Ejecutivo y Legislativo, deben pautar su actuar en los valores, principios y deberes estatuidos en las Constituciones para asegurar la integridad ambiental.

Dentro de las funciones del Estado de Derecho Ambiental es necesario destacar el papel de promoción, transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales, funciones estas que también deben ser implementadas por intermedio de las instituciones. Conforme destaca Araújo (2007, p. 167), cuando se hace referencia a un Estado de Derecho Ambiental, significa que la preocupación ambiental es el vector determinante del comportamiento estatal en la actualidad y con consecuencias prácticas.

La solidaridad social pasa a ser, entonces, la razón de la existencia, fuente de legitimación y mayor objetivo a ser alcanzado en este nuevo modelo de Estado Ambiental. Esto porque, con base en la cooperación global y con la articulación de la solidaridad a gran escala será posible alcanzar los objetivos de un mundo sostenible.

A pesar de la innegable importancia del desarrollo y de la consolidación de verdaderos Estados de Derecho Ambiental, regidos por principios y comprometidos con el cumplimiento de sus deberes ecológicos, esta forma de organización política no

será suficiente como estrategia de gobernabilidad para alcanzar la protección efectiva del medio ambiente, porque las cuestiones ambientales tienen vocación esencialmente transnacional.

2. Necesidad de nuevas y efectivas estrategias políticas y jurídicas de gobernanación transnacional ambiental

La crisis ecológica, además de ser espacialmente global, no significa sólo el desacuerdo entre la generación de bienes y servicios ambientales y su utilización antrópica. En realidad es una crisis propia de la civilización contemporánea. El modo de organización política ya no es adecuado para las nuevas demandas transnacionales. El Derecho, como estrategia de gestión de conflictos y de articulación de la solidaridad, también está fracasando por no fomentar la mejora continua en las relaciones entre los seres humanos y la naturaleza, este hecho permite el aumento de la crisis de valores que es también cultural y espiritual. Este cuadro impone pensar y reconfigurar las estructuras políticas (CRUZ; SIRVENT, 2006 p. 41-62), las instituciones y el propio Derecho, que no puede ser sólo una simple técnica de control social.

Las profundas alteraciones ocurridas en la actualidad, y aún en continua y progresiva marcha, agravan los problemas sociales y ecológicos, generando múltiples y complejas situaciones de injusticia socio-ambiental y dificultades de gobernabilidad. Para superar la crisis/carencia global de gobernabilidad se requiere, entre otras medidas: ciudadanía planetaria con intensa y calificada participación y control social; solidez institucional; instrumentos legales efectivos y coherentes; fortalecimiento de capacidades y profesionalización; enfoque holístico, sistemático e integrado; intercambio de informaciones y de mecanismos de control; reparto solidario de costos y principalmente de beneficios.

El punto de partida para este cambio imprescindible es la necesidad de una fuerte conciencia general que impulse y desencadene nuevas actitudes cooperativas y solidarias en escala global (CRUZ; SIRVENT, 2006 p. 41-62). El ejercicio sustancial de una ciudadanía ambiental planetaria es imprescindible para cambios duraderos y consecuentes. Se necesita del fortalecimiento de los espacios públicos y de control social especialmente calificado y amplio, o sea, una democracia transnacional para conducir y reorientar prácticas y acciones impuestas sólo para atender la lógica de mercado dominante (CRUZ; FERRER, 2010 p. 11-18).

Frederico Mayor Zaragoza (2002, p. 18) alerta sobre la carencia de un marco ético de escala planetaria, la falta de democracia en el ámbito global, y enfatiza que la democracia, que forma un triángulo interactivo que comprende la paz y el desarrollo, no puede reducirse a los límites nacionales, y se extiende al mundo en su conjunto. Es como destaca Boaventura de Sousa Santos (2006, p. 1): “El movimiento democrático transnacional es la única señal de esperanza en la lucha contra la iniquidad del mundo en que vivimos”.

Este camino de cambio debe proseguir con la redefinición de la idea clásica de Nación y reconfiguración de la idea de Estado y para que sea también posible la emergencia de nuevos espacios públicos de regulación, intervención y gestión (CRUZ; BODNAR, 2010 p. 319-339).

Al hablar de la formación de las naciones, como materia-prima de los Estados, Maurice Hauriou (2003, p. 35-36) las define como: “grupos de población establecidos en un territorio, unidos por un lazo de parentesco espiritual que envuelve el pensamiento de la unidad del mismo grupo”. Explica que el vínculo de parentesco espiritual no se refiere al respeto de las creencias, pero sí a la forma de pensar, actuar, en suma, a la misma mentalidad. Destaca también el pensamiento y la voluntad de unidad nacional como elemento imprescindible para caracterizar una nación. Y añade que el sentimiento que anima cada corazón es el amor a este medio nacional que se llama patria.

Esta concepción, basada en lo que el autor llama parentesco espiritual, ya no es suficiente para unir éticamente vínculos duraderos y la imprescindible sensación de pertenecer a una única morada, por la cual todos son responsables y de la cual depende necesariamente el destino común.

La unidad de lengua y religión no son la justificación para la homogeneidad de determinación del pueblo. En muchos países hay dos o más lenguas oficiales, como en Suiza, por ejemplo, que es poliglota. El pluralismo religioso también hoy es un fenómeno común en prácticamente todas las naciones modernas.

La conquista de nuevos territorios con el sacrificio de los derechos humanos, así como el dominio e imposición de culturas, son proyectos que deben ser repudiados en el actual estado de desarrollo de la civilización. Finalmente, de que valen las glorias comunes del pasado si no hay un propósito ético noble y grandioso para el futuro. La madurez de la civilización debe ser medida por el grado de compromiso con la garantía de los Derechos Humanos, con la consolidación de la paz y de la sostenibilidad. Estas sí deben ser las grandes causas de un mundo transnacionalizado.

Se puede cuestionar si un modelo de democracia transnacional para el orden global alterara la dinámica de producción y distribución de recursos y las reglas de creación y ejecución en la era contemporánea. Sin embargo, independiente de los resultados, considerando la amplitud de los desafíos, es innegable que la estructura de cualquier proyecto de civilización debe estar anclada en el intenso y efectivo control social y en la amplia y calificada participación popular y definitivamente no podrá estar sólo a servicio del capital global (SANTOS; GARAUTI, 2007 p. 50 y ss.).

La sensación de que todos los ciudadanos pertenecemos al planeta es y debe ser mundial. Se trata de un llamado a la cooperación y a la solidaridad en todos los niveles y dimensiones, para que sean superadas las formas individualistas de vivir, de concebir y percibir el prójimo y de actuar de los Estados Modernos, basados en principios y valores individualistas.

En la búsqueda del ideario de la “paz perpetua”, fundada en la razón y en la inteligencia humana, Kant ya sugería la formación de una alianza entre los pueblos, que no sería lo mismo que un Superestado incluyendo pueblos y territorios, ya que en su concepto cada Estado tiene y debe conservar su individualidad. La alianza de los pueblos resultaría de un contrato mutuo entre Estados libres, unidos por objetivos y compromisos comunes (KANT, 1989, p. 43 y ss.) y sería fundamentada en un “Derecho Cosmopolita”. El derecho de visita y de hospitalidad promoverían la comunicación y la relación pacífica entre personas de los más varios puntos del mundo y contribuirían para transformar en realidad el ideal de una “constitución cosmopolita”. Enfatizaba el filósofo alemán que ese deseo no era una simple fantasía, “es un complemento necesario del código no escrito tanto del derecho del Estado como del derecho de gentes para un derecho público de los hombres en general y, así, para la paz perpetua [...]” (KANT, 1989, p. 44, 46.).

La nueva orden mundial, influenciada por diversos factores existentes en la intensificación del fenómeno de la globalización, hace oportuna y necesaria la discusión sobre la organización de espacios públicos transnacionales que viabilicen la democratización de las relaciones entre Estados, relación fundada en la cooperación y solidaridad con el objetivo de asegurar la construcción de las bases y estrategias para la gobernabilidad, regulación e intervención transnacionales.

Es también importante destacar que se está viviendo una acelerada etapa de transición las nuevas formas de organización, en escala mundial. En ese contexto, la globalización sólo tendrá sentido y será verdaderamente universal si es capaz de estructurar y crear un conjunto de relaciones de un nuevo tipo, más solidario, inclusivo y democrático.

Además de la reorganización de la vida política y jurídica también es necesario revitalizar las normas, con la intención de superar las fronteras caprichosas de los Estados. Eso se entiende y está diseñado no sólo como consejo, sugerencia o argumento retórico sin consecuencias.

Se trata de una innegable tendencia ya constatada por la doctrina especializada. Paulo Canelas de Castro (2007, p. 815) explica que la globalización impulsó la juridización y judicialización. Ese fenómeno también se caracteriza por dar menor relevancia de las fronteras nacionales, constantemente surcadas por fenómenos migratorios, comerciales y ambientales transfronterizos. A partir de esa nueva realidad los Estados tuvieron que, realizar acuerdos para la emisión de reglas tipo: “más allá de las fronteras”, o reglas “transnacionales”, que, son diferentes de las reglas internacionales tradicionales, o reglas de buena vecindad, y regulan no solamente la conducta de los Estados relativos a otros Estados y sus propias Sociedades.

El ordenamiento jurídico transnacional debe ser estructurado como un conjunto o sistema, basado en una pauta axiológica común mínima necesaria para garantizar la sostenibilidad en escala global y también debe ser dotado de fuerza coherente en la perspectiva nacional y transnacional.

En la perspectiva de la producción del Derecho, como ejemplo de práctica jurídica transnacional, que ilustra muy bien las ideas defendidas en este trabajo, se pueden citar las convenciones que versan sobre la protección global de la cuestión vital ambiental, en especial a ECO/92, elaborada en Río de Janeiro.

Se trata de uno de los más completos y amplios instrumentos destinados a la protección de bien jurídico transnacional, que, a pesar de su notable calidad propositiva, se muestra deficiente en su implementación en nivel global por falta de capacidad coherente, o sea, de institutos capaces de hacer concreta su aplicación como norma jurídica.

Sin embargo, la emergencia de nuevas formas de gobernabilidad y de producción del derecho no puede ser una imposición consecuente de la victoria del más fuerte, debe ser el resultado de la emancipación de valores, posiciones jurídicas y subjetividades olvidadas, frágiles y en situación de riesgo manifiesto, como es el caso del medio ambiente especialmente en su perspectiva futura.

Aunque existe la necesidad de un nuevo paradigma jurídico, más flexible, plural y democrático y no tan dependiente del sistema económico, aún falta teorizar y conquistar en este campo, que es aún incierto en su configuración.

Graciela Chichilnisky (2009), Profesora de Economía en la Universidad de Columbia y una de las economistas más respetadas en la actualidad, al comentar la crisis económica, destaca la necesidad de nuevas instituciones mundiales y de una nueva economía mundial, que sea intensiva en el uso del conocimiento y conservadora en el uso de los recursos.

Entre los autores que teorizan sobre las nuevas formas de organización estatal, merece destaque la propuesta del sociólogo alemán Ulrich Beck (2004, p. 132) cuando sugiere la sustitución de las relaciones “internacionales” de conflicto y o/disputa por relaciones “transnacionales” de solidaridad y cooperación.

Ulrich Beck (2001, p. 100) enfatiza que la transnacionalización es una conexión fuerte entre los espacios nacionales, de manera que no sea pensada internacionalmente, y sí como el surgimiento de algo nuevo, de un espacio transversal que ya no se ensambla en las viejas categorías modernas.

La liberalización del mercado mundial, como escribe Habermas (2001, p. 99), avanzó mucho. La movilidad del capital se aceleró y el sistema industrial fue modificado, saliendo de la producción masiva y adecuándose a las necesidades de la “flexibilidad post-fordista”. Con los mercados cada vez más globalizados, el equilibrio se alteró, perjudicando claramente la autonomía y la capacidad de acción político-económica de los Estados constitucionales modernos.

El Derecho Internacional, aun considerando la creación de nuevas estructuras y organizaciones interestatales, no genera mecanismos eficaces de gobernabilidad, regulación, intervención y coerción para las demandas transnacionales. Aún el Derecho Comunitario, que regula una de las manifestaciones de la nueva orden mundial, caracterizada por nuevas relaciones y nuevas manifestaciones de actores e instituciones, no presenta bases

teóricas suficientes para la caracterización de uno o más espacios públicos transnacionales.

La gran diferencia cualitativa de una gobernabilidad internacional para nuevas estrategias de gobernabilidad transnacionales está exactamente en la forma de articulación entre el poder local y el global, o sea, no es posible prescindir de la indispensable asociación cooperativa de las esferas locales de poder.

La gobernabilidad transnacional podrá surgir de nuevos espacios públicos plurales, solidarios y cooperativamente democráticos y libres de las ataduras ideológicas de la modernidad, consecuentes de la intensificación de la complejidad de las relaciones globales, dotados de capacidad jurídica de gobernabilidad, reglamentación, intervención –coerción, con el objetivo de proyectar la construcción de un nuevo pacto de civilización (CRUZ; BODNAR, 2009, p. 5).

El surgimiento de nuevas estrategias globales de gobernabilidad, reglamentación e intervención, basadas en un paradigma de aproximación entre pueblos y culturas, en la participación consciente y reflexiva del ciudadano en la gestión política, económica y social, debe ser un nuevo y estratégico proyecto de civilización para el futuro, pautado en la conciencia crítica acerca de los límites de los bienes ambientales y en la responsabilidad global y solidaria por su protección.

3. Los desafíos ecológicos globales como fundamento de la gobernabilidad transnacional

Los daños al medio ambiente afectan la colectividad, traspasan fronteras, afectan las futuras generaciones, la comunidad de vida y los elementos bióticos que le dan sustento, y definitivamente no respetan los límites territoriales de los Estados.

Como principal característica del Derecho Ambiental está su perspectiva global. Considerando la forma por la cual los ecosistemas se relacionan y la vida se desarrolla en todo el plane-

ta, es imposible implementar una tutela efectiva del medio ambiente restricta en un determinado país o territorio delimitado.

Al analizar las características del Derecho Ambiental, Loporeta Rota (1998, p. 27-28) enfatiza su vocación espacialmente planetaria y denuncia que la organización de la Sociedad humana en Estados, supuestamente soberanos, hace con que el ámbito de aplicación de sus normas sea restringido a los límites de sus fronteras y esto no sirve para el Derecho Ambiental, ya que el objeto sobre lo que se proyecta no se puede someter a las caprichosas líneas que hemos trazado. Defiende que la protección de la biosfera no es compatible con este esquema y tampoco el Derecho que la defiende, pues necesita de herramientas comunes a todos los ciudadanos y países.

Martín Mateo (1997, p. 58) apunta que es la disposición institucional parcelar la tierra en Estados soberanos que inviabiliza el establecimiento de un orden mundial coherente para sistemas naturales intrínsecamente planetarios.

En esta misma línea de raciocinio, Leff (2005, p. 31) explica que hoy el concepto de ambiente se enfrenta con las estrategias económicas de globalización y la reinención de un mundo (conformado por una diversidad de mundos) que “abre el cerco de la orden económica-ecológica globalizada”. Destaca que “el principio de sostenibilidad surge como una respuesta a la fractura de la razón modernizadora y como una condición para construir una nueva racionalidad productiva, fundada en el potencial ecológico y en nuevos sentidos de civilización a partir de la diversidad cultural del género humano”.

Silvia Jaquenod de Zsögön (2008, p. 207) enfatiza la necesidad de nuevos límites geopolíticos para la gobernabilidad de los recursos naturales, enfatizando que la posición basada en la cooperación y en el compartir supera la situación real entre Estados. En una perspectiva ecológica son evidentes las actuales limitaciones consecuentes del ordenamiento de las esferas de poder, coerción, fomento y gestión. Francisco Días Pineda (*apud* ZSÖGÖN, 2008, p. 6, prólogo), Catedrático de Ecología de la Universidad de Madrid, explica que los sistemas naturales y

prácticamente todos los sistemas culturales tienen poco que ver con la “delimitación de fronteras en un mapa”, pues el ciclo del agua, la dinámica del aire o los movimientos migratorios biológicos “no entienden de fronteras”.

Martín Mateo (2002, p. 54, 73) también es categórico al afirmar que la biosfera es única, inter-relacionada y olímpicamente ajena a las jurisdicciones nacionales y celosas soberanías. Y añade: “el Derecho que estamos familiarizados es de ámbito nacional, emana de organizaciones peculiares con límites físicos rígidos y trazados en las fronteras del territorio en que se ejerce soberanía. Sin embargo los sistemas ambientales tienden a ser indefinidamente globales y, por lo tanto, ignoran olímpicamente la geografía política interior”.

En este contexto, es correcta la comprensión de Arnaldo Miglino (2007), al sostener que el problema ecológico probablemente llevará a la creación de un centro de poder transnacional que supere la ideología y la estructura jurídica de las relaciones internacionales.

La salvaguarda del ambiente podrá ser asegurada de forma más eficaz si la tutela fuese más amplia que las fronteras de los Estados, a través de poderes de gobierno y de jurisdicción que sobrepasen los límites de la soberanía estatal (CORDINI, 1997, p. 7).

Todos los aspectos, expuestos por los autores arriba citados, ponen en evidencia la necesidad de superar la lógica de las relaciones internacionales, basada en la creación de reglas bilaterales o multilaterales, sin jurisdicción real y concreta efectividad, porque no vinculan directamente los potenciales y principales contaminadores, tan solo los Estados contratantes.

Los desafíos ecológicos también presentan innegables ventajas cualitativas en la teorización de nuevas estrategias globales de gobernabilidad. Esto porque entre los principios generales del Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad se encuentran la cooperación y la solidaridad, que servirán como pilares en la edificación de esta nueva y necesaria orden de gobierno.

La cooperación y la solidaridad deben ser los grandes fundamentos de la gobernabilidad transnacional ambiental. Sin una actuación global cooperativa ningún proyecto de civilización futuro será exitoso. La solidaridad también es imprescindible como razón de existencia, fuente de legitimación y objetivo mayor a ser alcanzado por este nuevo modelo de gobernabilidad.

Ya en 1945, en el Preámbulo de la Declaración de la UNESCO, Declaración y Programa de Acción sobre la Cultura de Paz de la ONU, la solidaridad intelectual y moral constaba como directriz fundamental. De la misma forma la “Carta de la Tierra” (2000) también preconiza la necesidad de una “base ética sólida para la Sociedad civil emergente y ayuda en la construcción de un mundo sustentable basado en el respeto a la naturaleza, los derechos humanos universales, la justicia económica y una cultura de paz”.

La Constitución Española de 1978, en su artículo 45, preceptuaba que la protección del medio ambiente se concretiza con la indispensable solidaridad colectiva. En Francia ya desde 1946 hay en la Constitución referencia directa al principio de la solidaridad. En diversos países la solidaridad consta como objetivo a ser alcanzado por los Estados y también como valor fundamental directamente relacionado con la protección y la defensa del medio ambiente, inclusive en su dimensión solidaria intergeneracional.

Conforme con lo anterior, destaca Gabriel Real Ferrer (2003 p. 125), la solidaridad es el fundamento de cualquier grupo humano y también del Estado, indispensable para la cohesión social y para generar la indispensable sensación de pertenencia entre los ciudadanos. También es enfático al afirmar que la eficacia de las soluciones depende de la alteración de la organización social del planeta y que la solidaridad debe tener aplicación generalizada no sólo en la perspectiva ética, también como principio jurídico formalizado (FERRER, 2002 p. 73-93).

Aunque no es el objetivo específico de este trabajo teorizar acerca de la forma por la cual se institucionalizan o implementan las nuevas estrategias de gobernabilidad transnacional ambiental,

desde ahora es posible anticipar que la gobernabilidad transnacional no depende sólo de la creación de sofisticadas y complejas instituciones, pero de actitudes concretas vueltas a la protección efectiva de bienes jurídicos de vocación planetaria, por parte de instituciones, organismos y autoridades locales y transnacionales.

Otra cuestión que debe ser especialmente fomentada, en términos de gobernabilidad transnacional ambiental, es consolidar y crear órganos judiciales de vocación universal para la tutela del medio ambiente. Sin embargo, antes de la creación de nuevas instancias decisivas, es fundamental que los órganos ya existentes estén sensibilizados y consideren la variable de la sostenibilidad en sus decisiones, aún cuando el objeto de la controversia no guarde relación directa con el medio ambiente.

4. Avances y retrocesos en el tema de la gobernabilidad transnacional en Río + 20

Los contenidos tratados en los temas anteriores permiten concluir que la institución de la gobernabilidad transnacional ambiental efectiva es uno de los temas más importantes de Río+20. Fueron básicamente tres las propuestas. La primera fue la de crear un nuevo organismo en la ONU específico para el área ambiental. La segunda fue dar al PNUMA (Programa de las Naciones Unidas Para el Medio Ambiente) un nuevo estatus, igualándolo a organismos como la OMC (Organización Mundial del Comercio). La tercera propuesta fue promover un mayor poder de la Comisión de Desarrollo Sustentable de la ONU.

Durante Río+20, fue el director ejecutivo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Achim Steiner, presente a la reunión, quien lideró las discusiones en torno al tema de gobernabilidad transnacional ambiental. La capacidad de gestionar las acciones de medio ambiente en los países de manera sostenible, y la necesidad del fortalecimiento

de los órganos que cuidan del sector en todo el mundo fueron los principales temas discutidos durante la conferencia.

La gobernabilidad transnacional ambiental para el desarrollo sustentable fue uno de los principales propulsores de la mayoría de las discusiones de Río+20. Los debates fueron convergentes para que, independiente del formato que tenga la propuesta de cambio hecha en el PNUMA, lo importante es que se constituya una instancia con autonomía y mandato.

Como ya fue indicado, el tema de la gobernabilidad transnacional ambiental provocó vivo interés y controversia en los debates para elaboración del documento base de Río+20. Las discusiones giraron en torno al tema de la gobernabilidad ambiental en la estructura de la ONU. Hubo consenso sobre su prioridad en las discusiones. Permanecieron, sin embargo, dudas y divergencias cuanto al formato que ella debe asumir. De un lado, países europeos defendieron la creación de una organización internacional, la Organización Mundial del Medio Ambiente (OMMA) que, en los modelos de otras entidades (Organización Mundial del Comercio, Organización Mundial de la Salud), sustituiría el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), creado en 1972, en la Conferencia de Estocolmo. Según los que defendían esta propuesta, tal acción fortalecería políticamente el organismo, aumentaría su presupuesto y aportaría mayor efectividad de las decisiones en el ámbito transnacional. En dirección opuesta, están aquellos que rechazan la creación de otro órgano burocrático, que podría interferir en políticas internas y hasta encubrir acciones proteccionistas de países ricos.

En general, lo más importante fue la aproximación que hubo en dirección a un concepto consolidado de gobernabilidad transnacional ambiental. Esa expresión es repetida con frecuencia últimamente, pero no siempre es comprendida en su debida dimensión, como anota Alcindo Gonçalves (GONÇALVES; COSTA, 2011, p. 73-102). Teniendo en cuenta lo que fue debatido durante Río+20, se podría definir como la arquitectura del sistema de gestión transnacional del medio ambiente. La palabra

arquitectura es bien expresiva, en la medida en que traduce el dibujo de la organización y el proyecto de administración de los problemas relativos por el medio ambiente, especialmente en lo que concierne a la forma con que ellos serán tratados.

Para entender ese movimiento de consolidación del concepto, es importante considerar los debates actuales sobre el tema. Gobernabilidad sería más que un simple conjunto de formatos de gestión. La categoría se desdoblaría en cuatro planes, que la definirían de un modo mucho más preciso. En primer lugar, es necesario no perder de vista, que cuando se menciona la gobernabilidad transnacional, su carácter es instrumental. Ella es medio y proceso capaz de producir resultados eficaces. Es herramienta importante para la solución de problemas globales, al mismo tiempo en que sus efectos desencadenan procesos (muchas veces largos y complejos) a través de los cuáles las cuestiones envueltas son tratadas. En esa línea, la Comisión sobre Gobernanza Global, creada por la ONU a comienzos de los años noventa, definió la gobernabilidad como "la totalidad de las maneras por las cuáles los individuos y las instituciones, públicas y privadas, administran sus problemas comunes".

Gobernabilidad sólo existe con la participación ampliada en todos los procesos (diagnósticos y estudios preliminares, articulación de intereses, discusión de los problemas, análisis de las alternativas, toma de decisiones, implementación y seguimiento/control). En este segundo punto, es evidente que la gobernabilidad se distingue de los mecanismos clásicos del Derecho Internacional (donde sólo sujetos de derecho, como los Estados nacionales o las organizaciones internacionales, participan). La efectiva gobernabilidad transnacional ambiental exige, por lo tanto, la presencia y la implicación activa de Estados y organismos transnacionales al lado de la Sociedad civil, representada por las organizaciones no gubernamentales (ONGS), empresas transnacionales y la comunidad científica.

Mientras las acciones gubernamentales son basadas en la coerción, en la obligación de cumplir, los fundamentos de la gobernabilidad estarán en el consenso y en la cooperación. Ese

es el tercer aspecto que caracteriza los procesos que envuelven los diferentes actores en la efectividad de la gobernabilidad transnacional ambiental. Aún en la etapa de las divergencias (como entre países ricos y en vía de desarrollo frente a la cuestión de cambio climático y reducción de la emisión de gases de efecto invernadero, o en las disputas entre empresas y ONGS), el objetivo central es construir puntos comunes para poder avanzar, en muchos casos para superar la ineficacia del sistema internacional o minimizar dilemas de acción colectiva, donde algunos quieren evitar los costes de la cooperación sin dejar de usufructuar los beneficios.

Gonçalves también resalta que no hay gobernabilidad sin un conjunto de instituciones internacionales, o sea, de principios, reglas y normas, formales o informales, que puedan dar cuenta de los problemas, guiar comportamientos y establecer metas para controlar y limitar las acciones que explotan o amenazan el medio ambiente.

Poner en pie el edificio de la gobernabilidad transnacional ambiental es tarea improrrogable. Sin ella, no existe la posibilidad de avanzar en la protección del medio ambiente y en la sostenibilidad. La Organización Mundial del Medio Ambiente sin dudas será un elemento importante para su construcción. No es, sin embargo, el único camino. En ese sentido, la posición de la diplomacia brasileña durante Río+20 fue interesante y realista. Criticó la creación de una agencia ambiental mundial, pero señaló una alternativa: una agencia transnacional sobre desarrollo sustentable, para tratar de modo equilibrado y simultáneo problemas económicos, ambientales y sociales.

La protección al ambiente y la adopción de criterios de sostenibilidad no es un problema aislado, que trata exclusivamente los temas de polución, biodiversidad o cambio climático. Es por medio de la idea del desarrollo sustentable que el ambiente podrá articularse con varias dimensiones: cultural, política, económica y social. Durante Río+20, a pesar de los pocos avances formales existentes, se reforzó la idea de que es preciso no olvidar, en ningún momento, que la gobernabilidad transnacional ambiental será el medio esencial para su promoción. (GONÇALVES; COSTA, 2011, p. 73-102).

Referencias

- A carta da terra. 2000:
<http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.doc>. Recuperado el día 15 abr. 2013.
- ARAÚJO, Thiago Cássio D'Avila. (2007) Estado ambiental de Direito. *Revista da Advocacia Geral da União*.
- BECK, Ulrich. (2001) *Liberdade ou capitalismo*. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: LitteraMundi.
- BECK, Ulrich. (2004) *¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Tradução Bernardo Moreno e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós.
- BENJAMIN, Antônio Herman. (2007) *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Coord.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva.
- BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio (2008). *Pensar globalmente y actuar localmente: el Estado transnacional ambiental en Ulrich Beck*. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Alicante, Espanha, n. 1.
- CASTRO, Paulo Canelas. (2007) *Globalização e Direito internacional: rumo ao Estado de Direito nas relações internacionais?*. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (Org.). Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: homenagens aos Professores Doutores A. Ferrer Correa, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier. Coimbra: Coimbra Editora, v. 3.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. (2004) *Estado constitucional ecológico e democracia sustentada*. In: FERREIRA, HeliniSilvini; LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- CHICHILNISKY, Graciela. Precisa-se de um novo Bretton Woods. 2009. Disponível em:
<<http://www.monitormercantil.com.br/mostranoticia.php?id=59210>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

- CORDINI, Giovanni. (1997) *Direito ambiental comparato*. Padova: CEDAN.
- CRUZ, Paulo Márcio. (2004) *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. 3. ed. Curitiba: Juruá,
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. (2009) *A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais*. In: CRUZ, Paulo Márcio (Org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. (2010) O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009. Sequência (UFSC), v. 31, p. 319-339.
- CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. (2010) Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica. *Revista Unopar Científica: Ciências Jurídicas e Empresariais*, v. 11.
- CRUZ, Paulo Márcio ; SIRVENT, J. F. C. (2006) Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 11.
- FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho ambiental. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Pamplona, Espanha, n. 1, 2002. Disponível em: <http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- FERRER, Gabriel Real. (2003) *La solidaridad en el Derecho administrativo*. *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 161, maio/ago.
- GONÇALVES, A. F; COSTA, J. A. F. (2011) *Governança Global e Regimes Internacionais*. São Paulo: Almedina.
- HABERMAS, Jürgen. (2001) *A constelação pós-nacional*. Tradução Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: LiteraMundi.
- HAURIOU, Maurice. (2003) *Principios del Derecho público y constitucional*. Tradução, Estudio preliminar, Notas y Adiciones Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Camares.
- KANT, Immanuel. (1989) *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM.
- LEFF, Henrique. (2005) *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Tradução Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes.

MATEO, Ramón Martín. (2002) *La revolución ambiental pendiente*. In: MAÑAS, José Luis Piñar. Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente. Madrid: Civitas.

MATEO, Ramón Martín. (1997) *Tratado de Derecho ambiental: recursos naturales*. Madrid: Trivium, v. III.

MIGLINO, Arnaldo. *Uma comunidade mundial para a tutela do ambiente*. Revista Archivo Giuridico, Roma: Mucchi, v. CCXXVII, 2007. Tradução de: Uma comunità mondiale per la tutela dell'ambiente.

ROTA, Demétrio Loporeta. (1998) *Los principios de Derecho ambiental*. Madrid: Civitas.

SANTOS, Boaventura de Souza. (2006) *A escala do despotismo*. Revista Visão, Coimbra: Universidade de Coimbra.

SANTOS, Boaventura de Souza; GARAUTI, Cesar A. Rodrigues (Ed.). (2007) *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*. Barcelona: Anthropos.

SUÁREZ, Fernando. Informe espanhol. In: MARZAL, António (Ed.). (1997) *Crisis del Estado de bienestar y derecho social*. Barcelona: J. M. Bosch.

VILLASANTE, Tomas. (2003) *Las democracias participativas*. Madrid: HOAC.

ZARAGOZA, Frederico Maior. Prólogo. In: MAÑAS, José Luis Piñar (Dir.); CARO, Sabastián F. Utrera (Coord.) (2002). *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Madrid: Civitas..

ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod de. (2008) *Derecho ambiental y sistemas naturales y jurídicos*. Dykinson: Barcelona.



PUNTOROJO
libros

ISBN 978-841583313-0



9

788415

833130